أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

الأسرار
في مسائل الخلاف

صنعة
أبي زيد الدبوسي
القاضي عبيد الله بن عمر بن عيسى الحنفي
(٤٣٠ هـ)

تحقيق
د. خالد بن عمر العلمي

إشراف
عدنان بن فهد العبيات

الجزء الخامس

الطبعة الأولى
١٤٤٥هـ - ٢٠٢٣م

أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

E-mail: s.faar16@gmail.com
Twitter: @sfaar16

مكتبة الإمام الذهبي للنشر والتوزيع

الفرع الرئيسي: حولي - شارع المثنى - مجمع البدري - ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦
فرع المصاحف: ت ٢٢٦١٥٠٤٦ - فرع الجهراء: الناصر مول: تلفون: ٩٥٥٥٨٦٠٨
فرع الفحيحيل: البرج الأخضر - شارع الدبوس - تلفون: ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧
فرع الرياض: المملكة العربية السعودية التراث الذهبي - جوال ٠٠٩٦٦ ٥٥٧٧٦٥١٣٨
الخط الساخن: جوال: ٠٠٩٦٥ ٩٤٤٠٥٥٥٩

z.zahby74@yahoo.com Imamzahby

بسم الله الرحمن الرحيم

ومن جملة حكم الطلاق:

مسائل الفرار

|٦٩٧| [مسألةٌ]: إذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا أو ثلاثا أو بجُعل[١] ثم مات ورثت مادامت في العدة عند الموت، ولم ترث إذا مات بعد انقضاء العدة استحسانا، والقياس أن لا ترثه، وهو قول الشافعي(٢) رحمه الله.

وقال في قول مثل قولنا.

وفي[٣] قول، ترث مالم تتزوج، وكأنه قول مالك(٤) رحمه الله.

وعلى هذا الاختلاف إذا جاء الفراق من جهة المرأة وهي مريضة ثم ماتت قبل انقضاء العدة ورث الزوج منها، قال محمد رحمه الله: استحسنت أن أورثه، وهي أن ترتد في مرض موتها[٥] أو تدعو ابن زوجها إلى نفسها حتى جامعها، وكذلك إذا طلقها الزوج ثلاثا وهو مريض ثم جامعها ابنه وهي طائعة ورثت مادامت في العدة، وإن حرمت بالمصاهرة وهي منافية للنكاح حكما لا تمتنع لحق الغير، فإنها لو ثبتت قبل الطلاق بطل ملك الزوج بغير رضاه وانقطع بينهما التوارث وان كان في المرض.

وجه القياس: أن التوارث بين الزوجين بسبب الزوجية، وإنها تنقطع

---

[١] «ص» (أو بخلع).

(٢) انظر: «الحاوي الكبير» (١٠/٢٦٩)، «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» (٦/١٠٤).

[٣] «أ» (وقال في).

(٤) قول مالك أنّها ترثه وإن تزوجت. انظر: «المدونة» (٢/١٣٢)، «الجواهر الثمينة» (٢/٥٢٤).

[٥] «ن»، «ص» (وهي مريضة).

بالتطليقات الثلاث بلا إشكال. وكذلك بالطلاق بمال على ما مرّ، ألا ترى أنها لا تحل له إلا بعقد جديد، وإذا انقطعت الزوجية وهي السبب بطل الإرث كما إذا كان الطلاق في الصحة.

دل عليه: لو طلقها بسؤالها لم ترث فكذلك بغير سؤالها، لأن الطلاق ينفذ بالزوج وحده حسب النفوذ برضا المرأة[١] لأنه إسقاط محض كالعتاق يتم بالمسقط[٢] وحده، ألا ترى أنّه لا يرتد بردّها، فكيف يزداد نفوذا بإجازتها أو سؤالها!

ودليله[٣] أيضا بعد العدة فإن نفس العدة ليست بسبب[٤] إرث بلا خلاف، ألا ترى أن الزوج لا يرثها إن ماتت، والزوجية سبب إرث على اشتراك كالأبوة، فكل سبب منع ارث أحدهما الآخر منع أيضا الآخر إرثه.

وجه الاستحسان: إجماع الصحابة ﷺ(٥)، عن عامر الشعبي ﷺ عن عمر ﷺ أنه كتب إلى شريح: «أن ورِّث امرأة الفارّ مادامت في العدة»(٦).

وعن علي وعبد الله بن مسعود ﷺ: «المطلقة ثلاثا حال الموت ترث»(٧)، وعن عبد الرحمن[٨] بن عوف ﷺ أنه طلق امرأته تماضر ﷺ في مرض موته

---

[١] «أ» (برضاها).

[٢] «أ» (بالسقط).

[٣] «ن»، «ص» (ودليلنا).

[٤] «أ» (بسبب).

(٥) انظر: «الاستذكار» (١١٣/٦)، و«البناية شرح الهداية» (٤٤١/٥).

(٦) سبق تخريجه.

(٧) روى ابن أبي شيبة في مصنفه (١٥٥/١٠) عن عائشة بلفظ: «المطلقة ثلاثا وهو مريض: ترثه ما دامت في العدة».

[٨] «س» (عبد الله) وهو خطأ، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

آخر ثلاث تطليقات في عهد عثمان ﷺ، فورثها عثمان ﷺ بعد موته وقال: من فر من كتاب الله تعالىٰ رد عليه[1]، فهذه فتوىٰ ظهرت مشهورة، ولم يرو من الباقين رد، فيكون إجماعا.

❁ فإن قيل: روي عن عبد الرحمن بن عوف أنه بلغته مقالة عثمان ﷺ قبل موته فقال: أما إنيٰ ما فررت من كتاب الله تعالىٰ[2].

❁ قلنا: الفرار في الإبانة بقصد حرمان الميراث، وإنما يعرف القصد من تكلم به فأخبر أنه لم يفر بما فعل ولم يقصد حرمان الإرث إلا أن القاضي لا يصدق الزوج، لأنه فرار ظاهرا حيث طلقها حال الإرث، فأخبر عثمان ﷺ بما شهد له الظاهر وعبد الرحمن ﷺ بالحقيقة، والحكم ليس يختلف بالقصد فاختلافهما فيه لا يوجب اختلافا في الحكم.

❁ فإن قيل: روىٰ عن عبد الله بن الزبير ﷺ أنه قال: «لو كان الأمر إلي لما ورثتها»[3].

❁ قلنا: هذا يحتمل وجهين لما ورثتها لجهلي بوجه الاستحسان لولا حكمه، ولما ورثتها أخذا بالقياس.

---

(١) رواها عبد الرزاق في مصنفه (٦٢/٧/برقم: ١٢١٩٢) عن ابن جريج: أخبرني بن أبي مُليكة أنّه سأل عبد الله بن الزّبير فقال له: طلّق عبد الرّحمن بن عوف بنت الأصبغ الكلبيّة، فبتّها، ثمّ مَات، فورّثها عثمان في عدّتها، والبيهقي في الكبرىٰ (٧٣٢٩)، ورواها مالك في الموطأ عن أبي سلمة بن عبد الرحمن (٥٧١/٢/ برقم: ٤٠).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) رواه «البيهقي» في سننه الكبير (٣٦٢/٧ برقم: ١٥٢٢٧)، و«الدارقطني» في سننه (١١٢/٥ برقم: ٤٠٤٩)، و«عبد الرزاق» في مصنفه (٦٢/٧برقم: ١٢١٩٢)، و«ابن أبي شيبة» في مصنفه (١٥٣/١٠ برقم: ١٩٣٧٤) بلفظ: «وأما أنا فلا أرىٰ أن ترث مبتوتة».

❁ فإن قيل: إنه متروك بالإجماع، فقد روي أن الطلاق كان بسؤالها، وروي أنه ورثها بعد انقضاء العدة.

❁ قلنا: التوريث بعد العدة وبالسؤال يوجب تحقيق الاتفاق في موضع النزاع، فخلافنا إياه في الزيادة لا يمنع القول موضع[١] الاتفاق، ويحتمل أن عبد الله بن الزبير رضي الله عنهما خالفه لأنه ورثها، وقد ثبت عنده أن الطلاق كان بسؤالها أو بعد العدة.

وقد روي في الباب أن عبد الرحمن رضي الله عنه كان قال لها: «إذا طهرت فآذنيني، فآذنته، فطلقها»(٢)، وهذا لا يحرم الإرث، ويحتمل أنه ورثها بعد العدة، والموت كان وهي معتدة، إلا أن عبد الله بن الزبير رضي الله عنهما خالفه، لأنّه ورثها، وقد ثبت عنده أنّ الطلاق كان لم يشعر بالعدة، والسؤال على الوجه فرد عليه التوريث[٣] بعد العدة وعقيب الإذن.

والمعنى في المسألة: أنّ النكاح قائم في حقّ الإرث فلا يحرم الإرث قياسا على الطلاق الرجعي الذي لم يقطع النكاح بعد في حق الإرث وغيره، وهذا لا إشكال فيه إنما[٤] الإشكال في إثبات[٥] أن النكاح قائم، فالدليل عليه أن حق الإرث ثبت في مال المريض حتى حجره عن هبة ما زاد على الثلث الذي لم يضق عن حقهم، وجعلها في حكم الوصية المتعلقة بالموت الذي هو حال الإرث

---

[١] «أ» (بموضع).

(٢) رواه «سعيد بن منصور» في سننه (٧/٦٦ برقم: ١٩٥٨) من حديث عبد الرحمن بن عوف.

[٣] «ص» (الإرث).

[٤] في «أ»: (وإنما).

[٥] «ص» (الأسباب).

حقيقة، وقد بينا هذا في كتاب الإقرار في مسألة إقرار المريض للوارث أو بالدين لأجنبي وعليه دين الصحة.

والإرث إنما يثبت بالسبب والمال، فالمال محل والسبب علة، ثم حقهم في المحل لما حجره عن التصرف في المال المبطل لحقهم فيه كما لو تحقق الإرث، فكذلك بحجره عن التصرف المبطل لحقهم من حيث السبب، ويعتبر بالمبطل بعد تحقق الإرث ثم بطلان النكاح بعد الإرث بعد موت الزوج بانقضاء العدة لا يبطل الإرث فكذلك[١] هذا لما لم ينفذ في حق الإرث وحجر عنه واعتبر بطلان محجور عنه، إلا أن باب الأموال مما يصفو الثلث عن حقهم فينفذ فيه الهبة بلا رد وحق الإرث بالسبب ثبت بكله لا ببعضه فيمتنع في كله كما تمتنع الهبة في الكل بسبب الدين لثبوت حقه في الكل، وعلىٰ هذا جميع التصرفات في الشريعة، إذا وجدت من المالك ولاقت[٢] حقا لازما للغير لم تنفذ في[٣] حق ذي الحق كبيع الرهن، والاجارة، وبيع تركة فيها دين لنفسه[٤] وبيع المكاتب.

❁ **فإن قيل**: المريض حجر عن التبرع لا لحق الورثة في المال للحال ولكن لما علق بالموت من حق الإرث حتىٰ يكونوا أغنياء كما نص عليه الشرع: «لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»(٥) والغنىٰ بالمال يكون لا بالزوجية، وبالهبة[٦] يبطل غناهم فلم تنفذ وبقطع الزوجية لا يبطل غناهم فتنفذ.

---

[١] «أ» (فكذا).

[٢] «أ» (ولا وقت).

[٣] «أ» (من).

[٤] «ن»، «ص» (مستغرق).

(٥) رواه «البخاري» (٥٦)، ومسلم (١٦٢٨).

[٦] «أ» (فبالهبة).

۞ قلنا: إن الغنى بملك المال يكون، والفقر بعدم ملك المال لا بنفس المال، فإن المال بلا ملك لا يغني[١] أحدا، والملك كما ينعدم بانعدام المال فإنه ينعدم بانعدام سبب الملك.

۞ فإن قيل: لما ثبت أنهم يستحقون المال بالموت ثبت لهم الحق فيه بالمرض الذي هو أوائل الموت[٢] فجاز أنّ الحجر عن هبة المال لحقهم، فأما النكاح فلا حق لها فيه من حيث الملك الذي يتقطع بالطلاق، فلا يعتبر رضاها فيه.

۞ قلنا: لها فيه حق من حيث أنه سبب إرث[٣]، ألا ترى أن من ادعى ملكا في يدي رجل فزعم أنه له اشتراه من فلان الغائب صار خصما في دعوى الشراء، وإثباته على هذا الحاضر لأنه سبب ملكه، فيصير حقا له كأصل الملك فتصح الدعوى على الحاضر وإثباته عليه وإن لم يدع الشراء منه، فهذا سر المسألة.

فقد جمعنا نحن بين سبب ملك المال وبين نفس[٤] المال[٥]، وأثبتنا بالمرض للوارث حق الإرث لازما على المريض، فإذا أراد إبطاله بتصرفه لم يقدر إلا بقدر ما يصح متعلقا بالموت، فإن ذلك القدر مما لا حق للوارث فيه، أو ليس بلازم، والشافعي ﷺ فرق بينهما على الظاهر، فإن حق الإرث فيما يصير له بالموت وبحقيقة الإرث والمال يصير له، والزوجية تبطل ولا تصير له

[١] «أ» (يعين).

[٢] «أ» (الموت).

[٣] «أ» (إرثها).

[٤] «أ» (ونفس).

[٥] «ن»، «ص» (جمعنا بين سبب الملك ونفس الملك).

فلا يثبت له حق الإرث فيما لا يورث بالموت، بل يبطل، والجواب ما ذكرنا أنه في نفسه هكذا، وإنما نحن نجعل له حقا فيه لأنه سبب الإرث وبعد البطلان لا يكون سببا، والله أعلم.

ولهذا أوجبنا على امرأة الفارّ أبعد الأجلين، لأن النكاح قائم في حق الإرث وأنه يوجب عنده[١] الوفاة بخلاف ما إذا انقضت العدة أو لم تجب لأنه ما أبطل بل نقل، فإن لها أن تتزوج بآخر فترته فصار نقلا عن سبب إلى سبب مثله فملك[٢] كما لو باع جميع التركة بثمن مثله.

❖ فإن قيل: النقل إلى سبب آخر إنما يتحقق إذا تزوجت كما قال الشافعي رحمه الله في قول.

❖ قلنا: نعم ولكن التعليق به محال لأنها تترك مختارة فيكون الانعدام من قبلها فلا تمكن الإضافة إلى الزوج، كما لو باع العين بدين مثله يكون نقلا، وإنما يتحقق مالا إذا قبض، ولا يتوقف النفاذ على القبض لأنه يقبض متى شاء، والترك جاء من قبله.

ولأن الإجماع لما قضى لها بإباحة التزوج جاء ما ينافي النكاح الأول ضرورة فبطل الإرث لا بتصرف الزوج[٣] ولكن بحكم آخر، كما لو ماتت قبل الزوج أو برئ[٤] من المرض ثم مات، فأما قبل ذلك فالثابت بالإجماع العدة وهي لا تنافي قيام النكاح ضرورة.

[١] «أ» (عدة).
[٢] «أ» (ذلك).
[٣] «ن»، «ص» (من الزوج).
[٤] «ن»، «ص» (الزوج).

ألا ترىٰ أنها تعتد عن وطء عن شبهة وكذلك بعد الإسلام في دار الحرب مع الحرمة، والنكاح قائم، وقد أشار محمد بن الحسن ﵀ إلىٰ الوجهين جميعا.

❁ فإن قيل: لو كان التحريم غير نافذ في حق الإرث لما انقضت العدة في حق الإرث وبقيت منكوحة كطلاق الأجنبي، وبه قال مالك ﵀، ولا يجوز أن يقال إنه ينفذ ثم يرد بالموت كالهبة لأن الطلاق لا يحتمل الرد بعد النفوذ، ومتىٰ اعتبر حقهم مانعا أوجب الوقف للحال ما له وجه آخر.

ألا ترىٰ أن أبا حنيفة ﵀ يقول في المريض إذا أعتق عبده ولا مال له غيره فشهد لم تقبل شهادته، ووقف فيه لأنه لو نفذ[١] لم يكن الرد إلىٰ الثلث[٢] لأنه لا يحتمل النقض.

ألا ترىٰ أنه لو وهب العبد وسلم حتىٰ نفذت لم يعد الهبة ثم أعتقه الموهوب له نفذ وقبلت شهادته، وإذا أعتقه المريض لم يقبل لأنه لا يمكنه الرد إلىٰ الثلث فيتوقف ابتداء بخلاف الهبة فإنها تحتمل الرد فنفذت.

❁ قلنا: إنّ التحريم نافذ إلا في حق الإرث، وحق الإرث بالموت يثبت ثم يستند إلىٰ ابتداء به.

ألا ترىٰ أن الهبة تنفذ ثم تبطل فإذا انقضت العدة، وصار إبطالا تخلف، وهو غير محجور عن مثله لم يثبت حق فلم يجب الوقف كما لا يجب الرد إذا عوّض الموهوب له عن الهبة بمثلها، إلا أن هذه الطريقة لا توجد في فصول الاختلاف، فإن الإرث ثابت بالفرار عندنا، وإن[٣] وقعت الحرمة بالمحرمية علىٰ

---

[١] «أ» (لم يعد).

[٢] «ن»، «ص» (الثلاث).

[٣] «أ» (نإن).

ما بينا وهي لا تمنع ثبوتها لحق[١] الإرث، ألا ترىٰ أنها تثبت ويبطل ملك[٢] الزوج بغير رضاه، فلما وجب الإرث بالعدة مع ثبوت الحرمة بالمحرمية علم[٣] أنهم أقاموا العدة مقام النكاح في إيجاب الإرث إذا وقعت الفرقة في حال المرض، بإجماع الصحابة ﷺ لا مدخل للقياس فيه، والله أعلم.

[٦٩٨] **مسألةٌ**: إذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح[٤]: إن صليت الظهر[٥]، أو أكلت، أو قبضت مالك، أو كلمت أباك، أو علق بشرط لابد لها منه طبعا أو شرعا أو إحياء[٦] للمال فأنت طالق، فأتت بالشرط والزوج مريض صار الزوج فارا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ﷺ، وعند محمد ﷺ لا يصير فارا، لأن حكم الفرار يلزم الزوج بفرقة تضاف إليه في المرض، والفرقة في المعلق بالشرط تجب باليمين وتوجد بالشرط، والشرط لم يوجد من الرجل فلا يضاف إليه بحكم الشرط، وعند اليمين كان صحيحا فلا يصير به فارا، وليس فيها أن المرأة كانت مضطرة في فعل الشرط أكثر من أنها لا تصير راضية، ورضاها إنما يشترط إذا كان الإيقاع من الرجل[٧] في المرض ولم يوجد من الرجل في المرض ما يضاف الإيقاع إليه.

ألا ترىٰ لو علق بمجيء وقت في حال الصحة فجاء الوقت وهو مريض فطلقت لم ترث بالفرار، وإن لم يوجد من المرأة رضا فهاهنا بالاضطرار لا تصير

[١] «أ» (بحق).
[٢] «أ» (حق).
[٣] «أ» (على).
[٤] «ص» (إذا قال الصحيح).
[٥] «ن»، «ص» (الصبح).
[٦] «ن»، «ص» (أخذا).
[٧] «ص» (من المريض).

أبعد حالا مما إذا لم يوجد منها فعل أصلا ، لأن أقصى حالات المضطر أن يصير في الحكم غير فاعل بخلاف ما إذا كان التعليق في حالة المرض والمسألة بحالها ، لأن الزوج يصير مطلقا عند الحنث باليمين ، واليمين كان في المرض فيصير به فارا مالم يوجد من المرأة رضا ، ولا رضا إذا كانت مضطرة في الحنث ، وصار[١] بمنزلة ما لو علق بالوقت ، فأما إذا كان فعلا لها منه بد كالمشي وكلام رجل أجنبي ، ونحوه ففعلت لم ترث ، وإن كان التعليق[٢] في المرض لأنها لما أوجبت[٣] شرط الحنث مختارة صارت راضية بالطلاق ، وبخلاف ما لو علق الطلاق في الصحة بفعل نفسه ثم فعل في المرض فإنه يصير فارا ، لأن الطلاق وقع على المرأة بالشرط وهو الذي أوجد الشرط فأضيف إليه الوقوع ، والفرقة بالوقوع بعد التعليق فصار فارا بايجاده كما يصير فارا بايجابه ، ولهما أن فعل المرأة انتقل إلى الرجل حكما فيصير كأنه علق الطلاق بفعل نفسه .

والدليل على الانتقال إليه حكما: أن المرأة صارت مضطرة إلى الفعل بيمينه لأنها صارت باليمين مدفوعة إلى أحد شرين[٤] إما الفسق والإثم بترك الصلاة ، أو واجب غيره أو بطلان الإرث بالفعل أو بين أن يبطل حقها بترك الاستيفاء أو تموت جوعا ، أو يبطل الإرث بالاستيفاء والزوج باليمين ألجأها إلى أحد هذين الشرين فيصير بمنزلة المكره فينتقل الفعل إليه كما لو قال لها: لتزنين بابني أو لأقتلنك جوعا فزنت فإنه يصير فارا فكذلك[٥] هذا ، والإكراه كما

[١] «أ» (فصار).
[٢] «أ» ، «ن» (اليمين).
[٣] «أ» (أوجدت).
[٤] «أ» (شيئين).
[٥] «أ» (وكذا).

يقع لخوف تلف عاجل، فكذلك يقع بالنفس.

ألا ترىٰ أن فعل القاضي في باب القضاء بالشهادة منقول إلىٰ الشاهد حتىٰ يكون الضمان عليهم إذا رجعوا، لأن القاضي يصير ملجأ إليه بشهادتهم لأنه يفسق لو لم يقض بها، وقد أوضحنا هذا في شهود القصاص إذا رجعوا، وهذا لأن التفسيق هلاك حكما وهو الهلاك الأكبر.

❁ **فإن قيل:** الإكراه إنما ينقل الفعل إلىٰ المكره من طريق أن يصير المباشر آلة للمكره حتىٰ لم ينتقل إليه ما لا يتصور كينونته آلة له فيه، ألا ترىٰ أن طلاق المكره وعتاقه واقع[١] عندنا، ولم يصر كأن المكره هو الذي فعل لأنه لا يمكن أن يجعل لسانه آلة لكلام المكره، وكذلك المكره علىٰ الأكل في الصوم يصير مفطرا، ولا يصير كأن الآمر أكل لأنه لا يتصور الأكل بفم غيره فكذلك فيما نحن فيه من أمر الأكل والكلام والصلاة.

❁ **قلنا:** نعم من حيث نفس[٢] شرط الحنث ما يتصور النقل ولا ينتقل، ولهذا يحنث الحالف ولكن من حيث ما يتعلق به من إبطال الإرث ينتقل لأنه يمكن أن تجعل المرأة آلة للرجل لإبطال حقها في الإرث بأن يقبض عليها فيتلف المال كله فلا يبقىٰ لها حق الإرث فينقل إليه كما في حق الإبطال ويصير كأنه هو الذي أبطل فيصير فارا.

ألا ترىٰ أن من أكره رجلا علىٰ عتق عبده بوعيد تلف فأعتق عتق العبد ولم ينتقل إلىٰ المكره إذ لو انتقل إليه لما عتق، ويضمن الآمر للمباشر لأنه من حيث

---

[١] «ن»، «ص» (نافذ).

[٢] «ن»، «ص» (يعتبر).

الكلام لا يصير آلة للآمر لأنه لا يتصور الكلام بلسان غيره، ولكن من حيث الإتلاف الذي فيه يمكن أن يكون[1] الفاعل آلة له بأن يقبض عليه فيتلف عنده فانتقل في حق الإتلاف الثابت بالإعتاق فضمن الآمر للفاعل، فكذلك في مسألتنا هذه، والله أعلم.

نذكر بعد هذا حكم الطلاق في حق العوض[٢]:

[٦٩٩] مسألةٌ: إذا خالع الرجل امرأته أو بارأها(٣) بمال معلوم كان للزوج ما سمّت له[٤] ولم يبق لأحدهما قبل صاحبه دعوى في المهر مقبوضا كان أو غير مقبوض قبل الدخول بها أو بعده عند أبي حنيفة ﵀.

وقال محمد ﵀: حكم الدعوى في المهر يبقى على ما كان قبل الطلاق أو بعد الطلاق بمال.

وقال أبو يوسف ﵀ كذلك في الخلع، وقال في المبارأة بقول أبي حنيفة ﵀، وقال محمد ﵀: لأن الخلع بمال طلاق بمال حكما على ما مرّ أن الخلع من ألفاظ الطلاق فصار حكمه وحكم الطلاق بمال صريحا واحدا، وكذلك المبارأة بالمال إذا أريد بها الطلاق كان طلاقا بمال، وأبو يوسف ﵀ يقول كذلك يجب في الخلع، فأمّا المبارأة فمفاعلة من البراءة فيقتضي براءة كل واحد منهما عن صاحبه مما جرت المبارأة فيه بمنزلة صلح يجري بين المتنازعين على مال أو مبارأة تضمن براءة كل واحد منهما عما وراء المسمى في منازعات المال الذي

---

[١] «ص» (يجعل).

[٢] «س» (نذكر بعد هذا حكم الطلاق في حقّ العوض) والمثبت من «أ»، «ن».

(٣) يقال: بارأ الرجلُ امرأتَه، إذا باينها. انظر: «جمهرة اللغة» (١٠٩٣/٢).

(٤) «ن» (سُمّي).

جرى فيه الصلح.

وأبو حنيفة ﷺ يقول: إن الخلع لغة ليس يقطع للحال على ما مر في مسألة الخلع وإنما يوجب فصلا برفع سبب الوصل على ما بينا فيوجب فصلا عاما، فإن سبب الوصل لو[١] ارتفع حقيقة لم يبق من أحكامه شيء فإذا امتنع لأنه لا يحتمله أوجب فصلا يقطع للحال على العموم أيضا لأن القطع للحال يحتمل العموم فإنهما لو نصا عليه صح، وإذا أوجب فصلا على العموم عمل عمله في المنازعات التي حملها[٢] على الخلع، وهي منازعات قائمة بسبب الزوجية وهي التي تنشأ عن المهر أخذا وردا لأنه واجب بالعقد نفسه، الكل قبل الطلاق والبعض بعده قياسا على المبارأة وعلى الصلح الذي يجري بين متنازعين[٣] في أشياء، فإن مطلق الصلح بينهما على مال يقتضي المسالمة[٤] عاما، وإن لم ينص[٥] على العموم بخلاف النفقة فإنها تجب للمرأة، لأن النفقة تجب ابتداء بسبب يوجد بعد الخلع وهو الاحتباس، والصلح لا يمنع منازعة تحدث بسبب حادث بعده.

❊ فإن قيل: نصف المهر يجب على المرأة رده بعد الطلاق أيضا.

۞ قلنا: إن الطلاق لا يوجبه كما بعد الدخول بها، ولكن العقد وقع[٦] ابتداء على أن واجبه ألف أو خمسمائة بعد الطلاق فلتغيّر[٧] موجب العقد إلى الخمسمائة

[١] «أ»، «ن» (إذا).
[٢] «ن» (حملتهما).
[٣] «أ» (متنازعين).
[٤] «أ» (المسألة).
[٥] «أ» (ينصا).
[٦] «ص» (منع).
[٧] «ن» (والتغيير).

على ما مر في النكاح يجب رد الخمسمائة فيكون مضافا إليه لا إلى الطلاق.

ولا يلزم إذا خالعها على ما في بيتها من متاع ولا متاع، فإنه يرجع عليها بالمقبوض من المهر لأن التسمية قد فسدت لأن المسمى معدوم وقد[١] صارت[٢] ضامنة له المال الذي سمي في مقابلة النكاح فخرج ملك الزوج مضمونا عليها بما سمت لأنه مما يضمن بالمال إذا سمي، فإذا فسدت والخروج مضمون لزمها رد المبدل[٣]، وقد عجزت فيرد[٤] قيمته، وقيمته ما قوّم بالعقد من المهر فإنه لا قيمة له بنفسه بخلاف الطلاق بمال، لأن الطلاق نفسه لقطع النكاح لا لفصل آخر فلا يظهر عمله في المهر، كما قيل في المتنازعين إذا اشترى أحدهما من صاحبه شيئا بمال توافقا عليه لم يوجب الشراء براءة عن سائر المنازعات والله أعلم.

|٧٠٠| مسألةٌ: إذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق وعليك ألف درهم طلقت بغير شيء قبل القبول عند أبي حنيفة ﷺ، وقال صاحباه: لا تطلق مالم تقبل ويجب الألف، وكذلك إذا قالت لزوجها: طلقني ولك ألف درهم فطلقها وجب الألف عندهما، ولا تجب عند أبي حنيفة ﷺ، قال محمد ﷺ: بلغنا نحو منه عن عمر رضي الله عنه(٥)، ولأن الطلاق مما يعتاض عليه فيكون اعتياضا بهذه الكلمة،

[١] «أ»، «ن» (فقد).

[٢] «ص» (فصارت).

[٣] «أ» (والمبدل)، «ص» (البدل).

[٤] «ص» (فرد).

(٥) رواه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٤٨٥٣) عن عبد الله بن شهاب الخولاني أنّ امرأة طلّقها زوجها على ألف درهم فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال: «باعك زوجك طلاقا بيعا» وأجازه عمر.

كما إذا قال لخياط: خط هذا الثوب قميصا ولك درهم، وهذا لأن جواب الأمر في اللغة يكون بالواو، كقول رجل لعبده: ادخل الدار وأنت حر، وإذا صار ذلك جوابا تعلق به تعلق الجزاء بالشرط. ألا ترىٰ في فصل العبد كان قوله: إن[١] دخلتَ الدار فأنت حر وقوله: ادخل الدار وأنت حر واحدا، فكذلك[٢] هاهنا، وإذا تعلق به وحقيقة اللام للتمليك تعلق ملك الألف بالطلاق، وإنما يتعلق به إذا جعل عوضا عنه، وكذلك عليك بالإيجاب، وإنما يتعلق الوجوب بالطلاق إذا جعل عوضا عنه.

دل عليه: أن «لك» للتمليك و«عليك» للإيجاب و«لا بد» للملك و«لا» للوجوب من سبب، فإذا لم يكن له شيئا[٣] تعين الطلاق الذي يصلح للسببية شيئا[٤] لأنه مذكور فكان أولىٰ بالإثبات من أن يحمل علىٰ أن لك ألف هبة مني جزاء علىٰ طلاقك.

ألا ترىٰ أنها لو قالت[٥] إن طلقتني فلك ألف كان عوضا، وإن لم يقل ألف بإزاء الطلاق، ويستقيم أن يقول: فلك ألف أهبها بعد ذلك ولم يحمل عليها، وكذلك إذا قالت: طلقني علىٰ أن لك ألفا فطلقها وجب الألف ولم يحمل علىٰ أن لك ألفا أهبها.

ولأبي حنيفة ﵀ أن قوله: طلقني كلام تام لو سكت عليه فهم معناه،

---

[١] «ص» (إذا).

[٢] «أ»، «ن» (وكذلك).

[٣] «أ»، «ن» (سببا).

[٤] «أ»، «ن» (سببا).

[٥] «أ»، «ن» (قال).

وكذلك قوله ولك ألف لو اقتصر[١] عليه كان كلاما مفهوم المعنى، فإذا جمع[٢] بينهما بهذا السبب وليس تحته إلا تعلق ذلك الألف بالأول فيتعلق به على أن يعمل متى وجد شرطه كما[٣] لو أرسل فالأصل في هذا في التعليقات[٤] أنّ التعلق يؤخر[٥] ولا يغير[٦]، وموجب ولك ألف أو عليك ألف ليس بتعريض[٧] ولكن إخبار مبتدأ فكذلك إذا علق بالأمر ووجد شرطه، ولا يلزم مسألة الخياط فإن الأجر يجب بدلالة الحال فإنه قعد[٨] ليعتاض عن الخياطة، حتى قيل لو طرح الثوب عليه ولم يقل شيئا فخاط وجب الأجر أيضا، فأما الزوج فما تزوجها[٩] ليطلقها بمال، وما هذا بمعتاد في الزوجية وإنما يقع نادرا لنشوز بينهما.

ولا يلزم إذا قالت: إن طلقتني فلك ألف، أو طلقني على أن لك ألفا لأن قولها: إن طلقتني لا يتم بنفسه لو سكتت عليه فصار مع الجزاء كلاما واحدا فلم يجز الاعتبار بالمفصل[١٠]، والتفصيل يبطل حكمه بل وجب الاعتبار جملة لا بالتعليق وحده ولكن بسقوط فائدة الكلام لو فصل، وإذا اعتبر جملة كان إيجابا بالألف عن طلاق، وكذلك إذا قالت: على أن لك ألفا لأنه لا يصح كلاما

---

[١] «ص» (اقتصرت).

[٢] «ص» (جمعت).

[٣] زاد في «أ»: (يعمل).

[٤] «أ»، «ن» (التطليقات).

[٥] «أ»، «ن» (مؤخر).

[٦] «أ» (يعتبر).

[٧] «أ»، «ن» (بتفويض).

[٨] «أ»، «ن» (نقد).

[٩] في «أ»: (تزوج).

[١٠] «ص» (بالتفصيل).

مفصولا ليعتبر موصوله بمفصوله ، فما قاله أبو حنيفة ﷺ حقيقة ، وما قالاه مدلول النظم كما في الشرط لأنه إذا فصل لم يجد لقوله[١]: ولك ألفا أو وعليك ألف شيئا[٢] فيبقى إيجابا بهذه الكلمة نفسها فكانت[٣] علة ، وأما إذا وصل بالطلاق والطلاق يصلح سببا له تعين له ، والله أعلم.

[٧٠١] **مسألةٌ**: إذا قالت المرأة لزوجها: طلقني ثلاثا على ألف ، أو على أنّ لك[٤] ألفا فطلقها واحدة أو ثنتين لم تستحق شيئا عند أبي حنيفة ﷺ.

وعندهما: تستحق بقدر ما طلق لأنه إذا طلقها ثلاثا وجب الألف ، حتى منع وجوب الزكاة على المرأة بقدره ، ولم يسقط بالموت كالدين الذي يجب عوضا فثبت أنه يجب ، ولا يجب إلا عوضا عن الطلاق ، على أنّه يحتمل معنى الباء[٥] فانعقدت المعاوضة بها مجازا ، والعوض أبدا ينقسم على المعوض جزءا بجزء ، كما لو قالت: طلقني ثلاثا بألف.

ألا ترى إذا اشترى عبدا بألف أو على ألف أو على أن لك ألفا صح الشراء ، وأنه لا يصح إلا معاوضة مال بمال ، ألا ترى أنها لو قالت: طلقني وضرتي على ألف أو على أن لك ألفا فطلقها وحدها لزمها بقدر ما يخصها كما لو قالت: بألف ، بخلاف مسألتي السبي الكبير ؛ الكفار إذا قالوا للمسلمين[٦] أمنونا سنة بألف

---

[١] «أ» (يجب بقوله).

[٢] «أ» (سببا).

[٣] «أ» (وكانت).

[٤] «أ» (على كل).

[٥] «س» ويحتمل (على) ، «أ» (وعلى يحتمل معنى).

[٦] «س» (إذا قال الكفار للمسلمين).

فآمنوهم ، فلما مضىٰ نصف سنة نقضوا الأمان وجب نصف الألف ، ولو قالوا علىٰ ألف والمسألة بحالها لم يجب شيء لأن المال بسبب الأمان لا يجب قط عوضا كالجزية[١] علىٰ الذمة فإنها أقوىٰ الأمانيين والمال أقوىٰ المالين ، وقد مر في موضعها أنها تجب صلة لا عوضا فكذلك هذا ، وإذا لم يجب عوضا لم يتوزع علىٰ المدة بسبب المعاوضة ونفس الكلمة وهي (علىٰ) لا توجب التوزيع لأنها بمعنىٰ الشرط علىٰ حقيقته ، فبقي معتبرا بجنسه[٢] من الجزية فوجب جملة واعتبر (علىٰ) شرطا علىٰ حقيقته كأنهم قالوا: إن أمنتمونا سنة فلكم ألف بخلاف قولهم: أمنونا سنة بألف فإن الباء توجب المقابلة كالشراء بالدراهم والعمل بأجر فالمعاوضة وإن لم تثبت لأن المبدل لا يصلح له بقي حكم التوزع فيجب صلة ساعة فساعة ، مثاله: الرجل يقول: هذا العبد وصية لفلان وفلان فإذا أحدهما ميت كانت الوصية للحي منهما لأن الواو توجب الجمع بينهما ولا توجب التوزيع[٣] ، ولكن بحكم المزاحمة ما يؤول إلىٰ النصف فإذا لم يزاحمه بقي للحي كملا ، ولو قال: العبد وصية بين فلان وفلان كان للحي منهما النصف لا غير ، لأن بين للتنصيف حقيقة فينتصف به ، وإن عدمت المزاحمة ، فهما في المسألتين جميعا رجحا جهة المعارضة لاحتمال الطلاق ذلك ودلالة الحال عليه.

وأبو حنيفة ﷺ يقول: إنّ حقيقة كلمة «علىٰ» لإثبات[٤] الجزاء إذا خرج مخرج الجواب لا لإثبات العوض كقولك: أكرمني علىٰ أن أكرمك ، كأنه يقول: إن أكرمتني أكرمتك.

---

[١] «س» «أ» ، (كالحرمة) ، والمثبت من «ص».

[٢] في «أ»: (معتبر الحسبة).

[٣] في «أ»: (التوزع).

[٤] في «أ»: (الإثبات).

ألا ترىٰ أن «علىٰ» حقيقته لبيان المكان، تقول: وجب عليه، وجلست علىٰ كذا ولا معاوضة بين الحال ومحله ولا مقابلة بمقابلة[١] الثمن بالمثمن فإذا دخلت علىٰ الإيجاب[٢] أو العدات لا تقتضي مقابلة، فلا يجب به وجوب الأعواض بل يجب به وجوب الأجزية مع الشروط فإنّه لا مقابلة بين الشرط والجزاء، بل الشرط يقع علىٰ الجزاء[٣]، فإن الجزاء يصير موجودا عنده، وإذا كان كذلك يقتضىٰ[٤] تعلق وجوب المال بالطلاق علىٰ سبيل المعاقبة كما لو[٥] قالت له: إن طلقتني فلك ألف درهم لا علىٰ سبيل المقابلة فلم يتوزع، كما لو قالت[٦]: إن طلقتني بخلاف كلمة الباء فإنها للمقابلة، وقد دل علىٰ الفرق بينهما مسألتا الأمان[٧] علىٰ ما مرّ في حجج الخصوم.

بخلاف طلاق الضرة معها علىٰ ألف درهم، لأنا إن حملناه علىٰ الجزاء والمعاقبة كان البدل كله عليها كما لو قالت: إن طلقتنا[٨] فلك ألف وإن حملنا علىٰ المقابلة وجب بعض البدل عليها إذا قبلت، ولا يكون لها إلا النصف فدل الظاهر من حالها إرادة المقابلة لتستفيد بهذا الطلب نقصان البدل فلا فائدة لها في نفس طلاق الضرة بعد طلاقها، فأما هاهنا فالفائدة لها أكثر في أن تجعل الألف جزاء حتىٰ لا يلزمها شيء ببعض الطلاق.

---

[١] «أ»، «ن» (كمقابلة).

[٢] في «أ» (الإيجابات).

[٣] «ص» (بل الجزاء يقع علىٰ الشروط).

[٤] «أ»، «ن» (اقتضىٰ).

[٥] «ص» (إذا).

[٦] «أ» (قال).

[٧] «ص» (قد دل عليه مسألة الأمان).

[٨] «أ»، «ن» (طلقتها).

فأبو حنيفة ﷺ في البابين مال إلىٰ أن الطلاق يخلو عن البدل ويصح والحال لا تدل علىٰ الاعتياض، واللفظ نفسه لا يوجب التعويض[1] لحقيقته فلا يثبت العوض وفيه[2] زيادة إيجاب بالاحتمال وهما تركا الحقيقة بدلالة الحال، والله أعلم.

|٧٠٢| مسألةٌ من جنس حكم الطلاق:

إذا قال لامرأته: أنت طالق واحدة في ثلاث ونوىٰ ضرب الحساب[3] لم تطلق إلا واحدة عندنا، وعند زفر ﷺ تطلق ثلاثا، والمسألة مرت في الإقرار، في قوله: لفلان علىٰ عشرة دراهم في عشرة، وأراد ضرب الحساب.

|٧٠٣| **مسألةٌ**: إذا قال لامرأته: أنت طالق واحدة أو لا شيء لم تطلق في آخر قول أبي يوسف ﷺ.

وقال محمد ﷺ: تطلق، لأن أولا دخلت علىٰ واحدة فلم تثبت لمعنىٰ الشك فبقي قوله: أنت طالق بخلاف ما إذا قال أنت طالق أولا، لأن أولا دخلت علىٰ واحدة فلم تثبت لمعنىٰ الشك فبقي قوله أنت طالق بخلاف ما إذا قال أنت طالق أولا لأنّ أولا دخلت علىٰ طالق فلم يثبت لمعنىٰ الشك.

إلا أنا نقول[4]: الطلاق إذا قرن بالعدد كان الواقع هو العدد، وطالق يصير

---

[1] «ن» (التفويض).

[2] «ص» (وعنده).

[3] «أ»، «ن» (إيجاب).

[4] «أ» (ولنا أنّ).

إخبارا عن كونها مطلقة بذلك العدد.

ألا ترى أن العدد لو صادفها وهي ميتة لم تطلق سواء قال ثلاثا أو واحدة، والمسألة في الجامع الصغير[1]، فإذا لم يبق طالق علة للوقوع لم يقع به شيء إذا لم يقع بالعدد كما لو ماتت حين العدد.

ولمحمد رحمه الله: أن العدد إنما يقع إذا ثبت، وهاهنا لم يثبت لمكان الشك فبقي الحكم مع قوله طالق كما لو لم يتكلم بالواحدة.

❊ ❊ ❊

(١) انظر: «الجامع الصغير» (ص: ١٩٩).

فصل آخر[١]

هذا الذي ذكرنا فيما إذا كان الطلاق مرسلا، والطلاق قد يكون مرسلا ومعلقا ومضافا إلىٰ وقت أو مفوضا، وقد مرّ المرسل.

فنذكر عقيبه[٢] مسائل التعليق، فنقول وبالله التوفيق:

|٧٠٤| مسألةٌ: إذا قال الرجل لامرأة لا يملكها: إن تزوجتك فأنت طالق فإنه يصح عندنا.

وعند الشافعي(٣) رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى لا يصح.

والمسألة مرت في مسائل المحل، لأنّ فساد هذا التعليق عند الشافعي رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى لعدم ملك المحل(٤).

|٧٠٥| مسألةٌ: إذا قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم طلقها ثلاثا ثم عادت بعد زوج فدخلت الدار لم تطلق عندنا خلافا لزفر رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، والمسألة مرت في مسائل المحل لأن اليمين تنحل عندنا لفوات[٥] محل الطلاق المعلق بالشرط، علىٰ ما مر.

---

[١] «ص» (مسألة).

[٢] «ص» (بعده).

(٣) انظر: «الأم» (١٦٨/٧)، «الحاوي الكبير» (٢٥/١٠).

(٤) انظر: «نهاية المحتاج» (٥/٤).

[٥] «ص» (عندنا محل لفوات).

|٧٠٦| مسألةٌ: إذا قال لها[١]: إن دخلت هاتين الدارين فأنت طالق، ثم أبانها[٢] وانقضت عدتها[٣] فدخلت إحداهما[٤] ثم تزوجها فدخلت الأخرى طلقت عندنا باليمين، خلافا لزفر رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى.

والمسألة مرت في مسائل المحل، فإن زفر رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى يبطل اليمين بوجود بعض الشرط، وهي ليست بمحل الطلاق، والله أعلم.

|٧٠٧| مسألةٌ: إذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثا مالم أطلقك أنت طالق، موصولا لم تطلق باليمين عندنا، وعند زفر رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى تطلق، والمسألة مرت في الأيمان إذا حلف والله لا أسكن هذه الدار وهو ساكنها فأخذ في النقلة من ساعته لم يحنث عندنا، وعنده[٥] يحنث أخذا بالقياس لأنه ساكن ما لم ينقل وإن قال، فكذلك هاهنا[٦] ساعة ما[٧] يتكلم بطالق غير مطلق إنما يصير مطلقا بعد الفراغ فيوجد شرط الحنث، إلا أنا نحن سميناه مطلقا غير تارك لما اشتغل بسببه وهو التكلم بقوله: أنت طالق، كما جعلناه[٨] غير ساكن إذا اشتغل بنقض[٩] السكنى وهذا مجاز، ولكن المراد من كلام الناس هذا فإنهم إنما يمتنعون عما يمتنعون

[١] «ص» (لامرأته).

[٢] «ص» (فأبانها).

[٣] «ص» (العدة).

[٤] «ص» (إحدى الدارين).

[٥] «ص» (وعند زفر).

[٦] «ص» (هذا).

[٧] «س» (ما لم) والمثبت من «أ»، «ن».

[٨] «ن» (جعلنا).

[٩] «ص» (ببعض).

عما يمكنهم والإمكان لنا في الاشتغال بالسبب.

|٧٠٨| **مسألةٌ**: إذا قال لامرأته[١] أنت طالق إذا لم أطلقك[٢] لم تطلق حتىٰ يموت أحدهما عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، كما لو قال: إن لم أطلقك، وعندهما تطلق كما سكت[٣]، كما لو قال: متىٰ لم أطلقك قالا: لأنّ (إذا) في اللغة عبارة عن الوقت كقولنا متىٰ، فإنّ العرب تقول: الرطب إذا اشتد الحر، وكيف إذا هجمت عليك، والله تعالىٰ يقول: ﴿فَكَيْفَ إِذَا جِئْنَا مِن كُلِّ أُمَّةٍ بِشَهِيدٍ﴾ [النساء: ٤١]، أي: الوقت، وكذلك بالإجماع إذا قال لها: طلقي نفسك إن[٤] شئت، كان لها الخيار بعد المجلس[٥]، وكما[٦] لو قال: متىٰ[٧] شئت، ولو قال لها: إن شئت كانت المشيئة مقصورة علىٰ المجلس قالا: وقد يراد بإذا الشرط ولكنه مجاز كما يراد بمتىٰ قال[٨] الشاعر(٩):

متىٰ تَـأْتِني أصبحك كأسـا هنيـة ✤ ... ...

أي: إن تأتني. ألا ترىٰ أنه جزم تأتني وأصبحك، وذلك عمل الشرط،

---

[١] «ن» (لها).

[٢] «أ» (أطلق).

[٣] «س» (سكنت)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٤] «أ»، «ن» (إذا).

[٥] «س» (المشيئة مقصورة علىٰ المجلس) والمثبت من «أ».

[٦] «ن»، «أ» (كما).

[٧] «ص» (إن).

[٨] «ن» (يقول).

(٩) طرفة بن العبد، انظر: ديوانه (ص٢٥).

وأبو حنيفة ﷺ يقول[١]: إذا جاءت بمعنى الشرط، قال الشاعر(٢):

... ... ❊ وإذا تصبك خصاصة فتَجَمَّلِ

أي: إن تصبك.

وجاءت بمعنى الوقت على ما قالوا ولم تظهر حقيقته من مجازه[٣] فكان اسما محتملا لهذا، ولهذا فلا يتعين لأحدهما إلا ببيان، فإذا قال: أنت طالق إذا لم أطلقك ثم سكت طلقت إن كان وقتا، وإن كان شرطا لم تطلق فلا تطلق بالشك، وإذا قال لها: طلقي نفسك إذا شئت فقد صار الطلاق في يدها، لأنه تمليك، فإن[٤] كان شرطا خرج عن يدها بالقيام عن المجلس، وإن كان وقتا لم يخرج، فلا يخرج بالاحتمال بخلاف متى لأنا علمنا بالدلالة أنه اسم مبهم للوقت[٥] فصار غيره مجازا، فأما هاهنا فالإطلاق على الاحتمال موجود من العرب، والترجيح غير ثابت فمن ادعى الترجيح فعليه الدلالة[٦].

دلّ على أنّ من خاصية الشرط أنه لا يدخل على الماضي لأنه للتعليق، ولا يستقيم التعليق بماض[٧] موجود لأنّه لتعليق حكم الكلام لينعدم للحال إلى أن يوجد شرطه، ولهذا إذا أدخلت الشرط على الماضي جعلته بمعنى المستقبل، كقولك: إن أكرمتني أكرمتك، وإن دخلت الدار فأنت حر، وهذه الخاصية

---

[١] «ص» (ولأبي حنيفة).

(٢) عبد قيس بن خفاف البرجمي، انظر: «المفضليات» (١٥٥٨/٢)، «الأصمعيات» (٢٣٠).

[٣] «أ» (ولم يظهر حقيقة من مجازه)، «ص» (حقيقتها من مجازها).

[٤] «ن»، «ص» (وإن).

[٥] «ص» (عمل بنفسها).

[٦] «ص» (احتاج إلى دليل).

[٧] «ص» (بما هو).

موجودة، فإنك إذا قلت إذا كان كذلك[1] كان بمعنى يكون كقوله تعالى: ﴿إِذَا جَآءَ نَصۡرُ ٱللَّهِ﴾ [النصر: ١] ولو كانت كلمة إذا للوقت استقام عبارة بها عن الماضي، لأن الوقت ماض وراهن ومستقبل.

ألا ترى أن «متى» لمَّا[2] كانت كلمة للوقت عبر بها عن الماضي تقول: متى قدم فلان استخبارا عن وقت مضى، ومتى يقدم عن وقت مستقبل.

ووجه آخر في[3] الفرق بين التعليق والتفويض: أن كلمة «إذا» لما احتملت الشرط على الحقيقة وكذلك للوقت كان معنى الشرط أولى بالتعليقات فجعلت شرطا فيما إذا قال: أنت طالق إذا لم أطلقك، لأن أصل التعليق بالشرط وغيره يصير بمعناه، ومعنى الوقت أليق بالتمليك لأن ذلك الملك لها مما يمتد فلا يمكن تقديره إلا بالوقت.

|٧٠٩| مسألةٌ: إذا قال لامرأته: إن ولدت فأنت طالق، فقالت ولدت وشهدت القابلة لم يقع الطلاق عند أبي حنيفة رحمه الله بشهادة القابلة.

والمسألة مرت في كتاب الشهادات.

|٧١٠| مسألةٌ: هذا إذا لم يكن أقر الزوج بأنها حبلى فأما إذا أقر بأنها حبلى.

والمسألة بحالها طلقت عند أبي حنيفة رحمه الله بدعواها الولادة، وعندهما لا

[1] «أ»، «ن» (كذا).
[2] «أ»: (معنى لو).
[3] «ن»: (من).

تطلق حتىٰ تشهد القابلة في الفصلين ، لأن الطلاق لما علق بالولادة صار وجوده من أحكامه فلا يثبت مع الإنكار إلا بشهادة القابلة كالنسب فإنّ الزوج إذا أنكر الولادة لم يثبت النسب منه إلا بشهادة القابلة.

وليس الولادة كالحيض ، فإنه إذا قال لها: إن حضت فأنت طالق ، فقالت: حضت ، طلقت استحسانا لأن الحيض لا يطلع عليها غيرها فصار قولها حجة ، وقام مقام حقيقة الحيض في كل ما تعلق بوجوده.

ولا يلزم إذا قالت وهي طاهرة[١]: كنت حضت[٢] لأنها لا تخبر عن الوجود ، ولكن عن كونها فيما مضىٰ ، وإنما أقيم خبرها مقام حقيقة الحيض إذا أخبرت عن وجود الحيض ، لأن الأحكام المتعلقة بها لا يمكن إقامتها إلا بالخبر عنها ، وتلك الأحكام ترتفع إذا ارتفعت[٣] فتزول الضرورة.

ولأبي حنيفة ﵀: أن الزوج لما أقر بأنها حبلىٰ فقد جعلها مؤتمنة في الولادة لأن الولد عندها أمانة الله ، وأمانة الرجل عليها الحفظ ، وأداء الأمانة علىٰ وجهها ، وتمام الأداء بالولادة كتمام[٤] أداء الوديعة بالتسليم إلىٰ صاحبها والمؤتمن مسلط علىٰ أداء الأمانة ، قال الله ﷻ: ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا ﴾ [النساء: ٥٨] ولأنه ما سمي مؤتمنا فيه إلا لأنه مسلط علىٰ ذلك الفعل الذي اؤتمن فيه ، كالوكيل بالبيع في البيع والمودع علىٰ الحفظ ولهذا نهينا[٥] عن

[١] «ص» (طاهر).
[٢] «ص» (فإنها لا تطلق).
[٣] «ص» (بارتفاع الحيض).
[٤] «ص» (كتمان).
[٥] في «أ» (نهين).

الكتمان بقول الله تعالىٰ: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] يعني الحيض والحبل كما نهىٰ المودع أن يكتم الأمانة ويجحدها، وإذا صارت مؤتمنة من جهة الزوج مسلطة علىٰ الأداء، والإخبار عن الولادة إخبار عن أداء الأمانة كالوكيل بالبيع إذا أخبر عن البيع والمودع أخبر عن الحفظ والتسليم كانت مصدقة كقيامها[١] مقام من ائتمنها بالتسليط، وصار خبرها بمنزلة خبر اتصل به التصديق ممن له[٢] الحق.

ولهذا قال[٣] أبو يوسف رحمه الله: المودع إذا ادعىٰ رد الوديعة وأنكر الآخر ثم صالح لم يجز الصلح، كما لو ثبت الرد بالبينة أو إقرار صاحب الوديعة ثم كان الصلح، وكذلك إذا قال لها: إن حضتِ فأنت طالق، فقالت: حضت صدقت لأنها مؤتمنة، والعلة التي قالها لا ترد هذه إلا أنّها تصير مؤتمنة في حق الحيض من غير إقرار الزوج إذا بلغت مبلغ من تحيض من النساء، لأن الحيض طبيعي[٤] لا ينعدم إلا بآفة، والحبل لا يكون بطبعها بل بعارض وهو الماء الذي يقع في رحمها فلا يثبت صاحبه الحبل بسعيها[٥] بل بإقرار صاحب الماء، فإذا جاء الإقرار صار الولد بمنزلة الحيض، وأما النسب فالرواية فيما إذا لم يكن أقر الزوج بالحبل بل جاءت بولد وأنكر الزوج الولادة فلا يثبت النسب، لأنها لم تكن[٦] مؤتمنة في حق الزوج فاحتيج إلىٰ الشهادة، والله أعلم.

---

[١] «ص» (لقيامها).

[٢] «ن»، «ص» (عليه).

[٣] «ن»، «ص» (يقول).

[٤] في «أ»، (طبعي).

[٥] «ن»، «ص» (بسببها).

[٦] «ن» (تصر).

|٧١١| مسألةٌ: إذا قال لامرأته ولم يدخل بها: إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق، فدخلت الدار طلقت واحدة عند أبي حنيفة ﷺ. وعندهما تطلق ثلاثا.

واحتجا بأن قوله: إن دخلت الدار فأنت طالق جملة تامة لأنها شرط وجزاء، وقوله: وطالق، جملة ناقصة لأنه جزاء فرد عطف على الجملة التامة فيصير ما تتم به الجملة وهو الشرط الأول شرطا للثاني ولهذا تعلق الثاني بالشرط ولم يقع للحال بالإجماع، وكذلك الثالث[١]، ولما ساوى الثاني الأول في التعليق[٢] بالشرط وليس بين الجزاءين ما يوجب صفة الترتيب بين الأجزية، لأن الواو لا توجب الترتيب بالإجماع وتعلقت غير موصوفة بالترتيب فوقعن كذلك، كما لو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة لا بل ثنتين فدخلت فإنها تطلق ثلاثا بحكم التحاق الثنتين بشرط الأولى بكلمة لا، بل ولما ثبت الالتحاق بالشرط ولم يوجد في لفظه ما يوجب التفريق[٣] وقعن جملة. ألا ترى أن من قال: هذه الألف لفلان وفلان كان لهما كأنه قال: هذه الألف لكما، لأن قوله: هذه الألف لفلان جملة تامة لأنه خبر وجواب[٤]، وقوله: ولفلان ناقصة فصار خبر الأول خبرا للناقصة ضرورة واقتضاء لتتم الثانية، ولما اقتضى الكلام أن يكون الإقرار الأول بعينه خبرا للثاني كما هو للأول التحق الثاني به في حكم الدخول تحت الإقرار الأول فساواه جوابا.

والواو لا توجب الترتيب فلا تمنع المساواة فصار كما لو ذكر بلفظ واحد

---

[١] في «أ» (الثالثة).

[٢] «ن» (التعلق).

[٣] «ن»، «أ» (الترتيب) وفي حاشية «أ» (التفريق).

[٤] «أ» (وجوابها).

وكذلك إذا قال: بعت هذا العبد منك ومنك، كان كما لو قال منكما لهذا المعنى، وإذا قيل: جاء زيد وعمرو، كان كما قيل: زيد وعمر جاءا، لا يفهم من أحدهما إلا ما يفهم من الآخر.

ألا ترى لو قال: أنت طالق وطالق وطالق إن دخلت الدار فدخلت طلقت جملة، فكذلك إذا قدم الشرط لأن الجزاء يتأخر عن الشرط، قدم الشرط عليه أم أخر عنه ذكر[١]، فلا يفرق[٢] الجواب في الحالين.

وكذلك إذا قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق تطليقة ونصف، والمسألة بحالها طلقت ثنتين ولا فرق بين تطليقة ونصف تطليقة، ولا يلزم إذا قال لها ولم يدخل بها أنت طالق وطالق فإنها تطلق واحدة لا ثلاثا لأن أزمنة الوقوع متفرقة، فلا تقع مجتمعة فتبين بالأول فلا يصح الثاني، وفيما نحن فيه زمان الوقوع زمان وجود الشرط ولم يوجد منه تفريق بعد الشرط.

ألا ترى لو أرسل فقال: أنت طالق واحدة لا بل ثنتين لم تطلق إلا واحدة، ولو علق ثم وجد الشرط طلقت ثلاثا.

ولأبي حنيفة رحمه الله[٣]: تعلق بالدخول تطليقات متفرقات فلا تقع إلا كذلك كما لو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق أو قال: بعده أخرى وبعده أخرى، وإذا نزلن متفرقات بانت بالأولى فلا تعمل الأخرى كما لو أرسل إرسالا.

والدليل على ذلك: أنه لما قال: إن دخلت الدار فأنت طالق فقد تم هذا

[١] في «أ» (ذكرًا).
[٢] «ن»: (يفترق).
[٣] «ن»: (وأبو حنيفة رحمه الله يقول).

الكلام وتعلق هذا الطلاق بالشرط بلا واسطة بينهما، فلما قال بعده: وطالق التحق بالشرط تعلقا به لكونه ناقصا معطوفا على الأول ولكن لا على سبيل المقارنة بالأول، لأن كلمة الواو لا توجب المقارنة بالأول فإنك إذا قلت: جاء زيد وعمرو لم يفهم منه المجيء معه، وإذا قلت: أنت طالق وطالق لم يقترن الثاني بالأول بكلمة الواو حتى لم تطلق إلا واحدة، فكلمة الواو في اللغة للعطف ومشاركة الثاني الأول في خبره دخولا تحته من غير صفة الدخول لا المقارنة ولا الترتيب ولا الفصل ولا الوصل بل الإخبار صحيح بكلمة الواو كيف دخلا تحته على ما بينا في مسألة ترتيب الوضوء، وإذا لم يلتحق الثاني بالأول بكلمة الواو بل يكون ناقصا ليتم الكلام بالالتحاق بالأول، ويصح العطف والكلام الثاني يتم بدخول هذا الجزاء تحت الشرط الأول متصلا به ومنفصلا عنه، كما لو قال: وبعده أخرى لم تثبت صفة الاتصال بالشرط بلا واسطة والتكلم به وجد بعد واسطة فإن الطلاق الأول واسطة بين الشرط والطلاق الثاني تكلما لأنه تكلم بالثاني والأول قد صح تعلقه بالشرط، وإذا وجد بواسطة وضرورة التعلق لا توجب رفعه لأنه يصح منفصلا كما لو نص على كلمة بعد.

وكلمة الواو[١] لا توجب القران أيضا تعلق الثاني بالشرط بواسطة بينهما وهو الطلاق الأول، وكذلك الثالث بخلاف ما إذا كرر الشرط فقال: ثلاث مرات إن دخلت الدار فأنت طالق، لأن كل طلاق تعلق بالدخول بلا واسطة والدخول[٢] الواحد يستقيم شرطا للحنث في الإيمان كلها، فوقعت كل تطليقة مع شرط الحنث بلا واسطة فوقعن جملة.

---

[١] «أ» (الواجب).
[٢] «أ» (إلا أنّ الدخول).

وأما هاهنا فما تكلم بالشرط إلا مرة واحدة، والثاني التحق بالعطف بالشرط المذكور ليصح وبينهما واسطة، وبخلاف ما إذا أخر الشرط لأن الجزاء إذا تقدم وتأخر الشرط فالأول ما تعلق بالشرط إلا حين تعلق الآخر، لأن الأول بنفسه إرسال[١] وليس بتعليق، ولما تبين بالشرط أنه أراد به التعليق وذلك مما يرفع حكم الإرسال لم يحكم به بنفسه حتى سكت عنه، لأن الكلام أوله موقوف على آخره إذا كان آخره يغير حكم أوله إلى وجه صحيح في اللغة، فأما إذا تقدم الشرط فلا يقف الجزاء الأول على الثاني، لأن الثاني تعلق به أم لا لم يتغير[٢] حكم الأول ولم يكن بيانا له، وإنما يقف أول الكلام على آخره إذا كان يتغير به ويكون بيانا بوجه.

ألا ترى أنه لو أرسل إرسالا لم يقف الأول على الثاني، وبخلاف قوله لا بل لأنها لاستدراك الغلط كان كذا لا بل كذا، والغلط إنما يتدارك بالتحاق الثاني بالأول قائما مقامه، حتى إذا قال: حججت حجة لا بل حجتين كان إخبارا عن حجتين لا غير على ما بينا في الأقارير[٣].

وإذا اقتضى الالتحاق بالأول صرن[٤] جملة إذا صح مخرجه ببقاء محله كما لو قال: ومعها أخرى فإنها توجب القران فيصيران جملة بخلاف ما إذا قال: هذه الألف لفلان وفلان، لأن قوله: وفلان يوجب تغيير حكم الأول لو سكت، لأن الكلام الأول لو سكت عليه أوجب الألف كلها[٥] لفلان، والثاني متى دخل

[١] «أ» (إرسالا).

[٢] «ن» (يغيّر).

[٣] «أ» (الأقادير)، حاشية «س» (الأقارير جمع الإقرار).

[٤] «أ» (جرت).

[٥] «أ» (كله).

تحت ذلك الإقرار لا بد أن يصير البعض له فلا يبقىٰ للأول الكل ولما أوجب تغيير الأول بقي الأول موقوفا علىٰ الثاني، وما ثبت حكم الإقرار إلا بعد وجودهما جميعا كالأجزية إذا تقدمت في مسألتنا هذه، فأما ها هنا فتعلق الثاني بالشرط الأول لا يغير حكم الأول ولا ينقص[١] منه فلا يقف الأول علىٰ الثاني، وكذلك قوله: بعت هذا العبد منك ومنك.

ولا يلزم إذا قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق تطليقة ونصف، لأنه لو أرسل فقال: أنت طالق تطليقة ونصف طلقت ثنتين، ولو قال: طالق وطالق لم تطلق إلا واحدة، فهذا فرق بين الكلمتين في حق الكل لا في حق أبي حنيفة ﷺ وحده، وهذا لأنه لا اسم في اللغة يعبر عن واحد ونصف أجمع من واحدة[٢] ونصف، لأن ما يتنصف لا يمكن إثبات واحدة ونصف منه إلا بقوله: واحدة ونصف أو ثنتين إلا نصفه والأول أو جزء وأقرب إلىٰ الحقيقة من الثاني لأنّ الثاني لا يصير عبارة عن المراد بنصه بعد[٣] بيان أن النصف غير مراد عن[٤] جملة ما تكلم به، والأول يصير عبارة عن المراد بنصه لا ببيان آخر، وإذا كان كذلك صار الاسمان الواحدة مع النصف كاسم واحد فلا يثبتان إلا جملة، كقولنا: أحد عشر وإحدىٰ وعشرين[٥] لو قال لها: أنت طالق إحدىٰ وعشرين[٦] تطليقة لم تقع الواحدة أولا وإن كانت إرسالا، فأما طالق وطالق فكلامان صيغة

---

[١] «ن» (ولا ينقضي).

[٢] «أ» (واحد).

[٣] «ن» (إلا بعد).

[٤] «أ» (وعن)، «ن» (من).

[٥] «ن» (وعشرون).

[٦] «ن» (وعشرون).

ولم يقم دليل يجعلهما كلاما واحدا إلا ما[١] وجدنا في اللغة ما يعبر به عن الاثنين جميعا اسما جامعا طالق ثنتين وثلاثا.

والشبهة في المسألة: أن الترتيب إنما يثبت تكلما به[٢] فالرجل تكلم بالطلاق الثاني بعد الأول تعليقا فكان التعاقب في أزمنة التعليق[٣] من حيث أنه تكلم بالثاني بعد الأول، وإنما[٤] نسلم التعاقب في أزمنة تعلق الأجزية بالشرط تكلما بها، وهذا لا يوجب تعاقب الوقوع حين الشرط كما لو كرر الشرط وكان بين كل يمين شهرا أو أكثر إنما الموجب ترتيبا في الوقوع لفظ يوجب تفريق أزمنة الوقوع أو ترتيب الواقع بعضه[٥] على بعض وإن تعلقن جملة.

ألا ترى أنه لو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا واحدة بعد واحدة فدخلت وهي غير مدخول بها لم تطلق إلا واحدة، وإن تعلقن جملة بكلمة واحدة لأن الثلاث التي تعلقت جملة موصوفة بصفة توجب ترتيب إحداهما على الأخرى، وليس في مسألتنا ما يوجب هذا الوصف لأن بعضه ضم إلى البعض بكلمة الواو وأنه لا يوجب ترتيبا على ما ذكرنا.

وشبهة أبي حنيفة رحمه الله: أن الذي يوجب ترتيب الوقوع ترتيب التطليقات تعلقا بالشرط على ما ذكرنا أن الأول تعلق به بلا واسطة، والثاني تعلق بواسطه وهذا وصف يرجع إلى الجزاء المتعلق بالشرط ليس إلى زمان التعلق بخلاف ما إذا كرر الشرط، فإن الترتيب هناك في أزمنة التعلق لا في المتعلق بالشرط وهما

---

[١] «ن»، «أ» (لأنا).

[٢] «ن» (بكلماته).

[٣] «أ» (التعلق).

[٤] «أ» (وإنا).

[٥] «ن» (بنصه).

يقولان هذا الترتيب من حيث أن الثاني تعلق بعد الأول زمانا فالواسطة ما ثبتت إلا بالسبق على الثاني زمانا لا بوصف ثابت للأول.

والتعليق بالشرط متى صحّ بزمان بلا فصل أو بأزمنة لم يتأخر الجزاء حتى[١] وجود الشرط إلا أنّه لا يصح متأخرا عن الشرط إلا إذا لم ينفصل الجزاء عن الشرط تكلما وإنما لا ينفصل إذا عطف بعض[٢] الأجزية على البعض، فأما إذا سكت عند الشرط ثم ذكر الجزاء بعده بزمان لا[٣] يصح التعليق ولو كان لا ينفصل بالسكوت، ويصح التعليق كأنه[٤] حكمه وحكم الذي علق به بلا فصل واحد، والمسألة مشكلة فإنا متى اعتبرنا الطلاق المتعلق بمحسوس علق بحبل واحد أوجب التعليق بشرط واحد على التعاقب صفة ترتيب للمتعلق في نفسه كالحلق[٥] تعلق بحبل واحد في إثر الآخر وإليه ذهب أبو حنيفة ﷺ، وهما قالا: المتعلق[٦] ليس بطلاق على ما مر بل ما يصير طلاقا إذا وجد الشرط فإذا لم يكن طلاقا للحال لم يوصف للحال لأن الوصف لا يسبق الموصوف فلغا، اعتبارا[٧] بالموجود وبقيت العبرة بحال الوقوع، فإنه يصير طلاقا حينئذ فتوصف بأنها متفرقة بعد وقوعها، وذلك بتفريق أزمنة الوقوع لأنها شروطه أو بما يبقى وصفا له بعد الوقوع كقولنا: طالق بعده أخرى.

---

[١] «أ» (عن حين).

[٢] في «أ» (نفس).

[٣] «ن» (لم).

[٤] في «أ» (كان).

[٥] في «أ» (كالحلف).

[٦] «ن» (المعلق).

[٧] «ن» (الاعتبار).

فأمّا أزمنة التّعليق فلا يكون وصفا لما يقع حين الشرط فيلغو اعتبار تفرقها واجتماعها في حق الواقع، وكذلك كلمة «ثم» موجبة صفة الترتيب لما تدخل عليه، كقولك: جاء زيد ثم عمرو[١] فيصير بكلمة ثم ذلك الجزاء الذي يصير طلاقا في الثاني يصير طلاقا بهذا الوصف، وأمّا الواو فلا توجب هذا كما إذا أخبر عن موجود قد مضى نحو: جاء زيد وعمرو فإنه لا يمكن الإثبات لما سيوجد على اعتبار وجودها إلا بما يثبت[٢] للموجود بعد وجوده، والله أعلم.

[١] «أ» (بكر).

[٢] «ن» (ثبت).

مسائل الإضافة

[٧١٢] **مسألةٌ:** إذا قال لامرأته: أنت طالق إلىٰ شهر ولا نية له لم تطلق[١] حتىٰ يأتي الشهر.

وعند زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ تطلق للحال، لأنه تأجيل أو توقيت وكل ذلك صفة لموجود فلا بد من الوجود للحال، ثم يلغو الوصف لأنه لا يقبله، ألا ترىٰ أنه إذا باع عبده بألف إلىٰ شهر ثبت الألف للحال وتأجل بعد الثبوت.

إلا أنا نقول: إن الطلاق بعد وقوعه لا يقبل الأجل، وأما الوقوع نفسه فما يقبل التأخر إلىٰ حين والتأجل[٢]، فانصرف الأجل إلىٰ ما يقبله وهو الوقوع فصار حكم العلة وهو الوقوع متأجلا وصار الأجل وصفا للعلة بأن صار الإيجاب منها متأجّلا متأخّرا.

وهذا كالنصاب علة لوجوب الزكاة ولما أجل بحول تأجل الوجوب لا[٣] الزكاة الواجبة، لأنه بعد الوجوب وهو فعل في عين من المال، مما لا يقبل الأجل، والوجوب نفسه مما يقبل التأجيل فيعمل الأجل عمله فيما يقبله بخلاف البيع بألف إلىٰ شهر لأن الألف الدين مما يتأجل قبضها فانصرف إليه ولم ينصرف إلىٰ الوجوب نفسه.

بخلاف قوله: والله لا أكلم فلانا إلىٰ شهر فإنه ليس بأجل فإن اليمين ثابت

---

[١] «ن» (يطلق).

[٢] «ن» (والتأخر).

[٣] «ن» (لأنّ).

للحال وينقضي بالشهر بل هو توقيت كإجارة الدار شهرا وحكم اليمين مما يقبل التوقيت وهو المنع من الكلام فيوقت كالإجارة، فأما انعقاد اليمين فلا يقبل التوقيت[١] فلا ينصرف إليه فانعقد للحال وتوقت حكم المنع، والله أعلم.

|٧١٣| **مسألةٌ**: إذا قال لامرأته: أنت طالق في غد ونوىٰ آخر النهار صدّق عند أبي حنيفة ﷺ.

وقالا[٢]: لا يصدق لأنه جعل كل الغد ظرفا فإذا نوىٰ آخره أراد تخصيص بعضه وإخراجه من أن يكون ظرفا فلم يصدق، كما إذا قال: أنت طالق غدا، ولا فرق بين قوله[٣] غدا وفي غد، لأنه ظرف في الحالين، إلا أن غدا نزع منه كلمة الظرف فانتصب كما تقول: سكنت الدار أي فيها، وبت الليلة أي فيها، وصمت اليوم أي فيه، والوقت لا يصام عينه ولا يتصل به الصوم.

ولا معنىٰ لقولكم: إنه إذا قال غدا كان ظرفا للمرأة المطلقة، وإذا قال في غد كان ظرفا لعلة الوقوع بدلالة أنه إذا قال: أنت طالق اليوم وغدا لم تطلق إلا واحدة، وكان الوقتان ظرفا لكونها مطلقة فيهما.

ولو قال أنت طالق في اليوم وفي غد طلقت ثنتين، لأن الوقت ظرف للعلة، والعلة الموجودة في اليوم الأول لا تكون موجودة في اليوم الثاني فاقتضىٰ علة أخرىٰ ليصير ظرفا، وإذا قال: لله عليَّ أن أصوم عمري لزمه صوم الأبد[٤] لأنه ظرف لكونه صائما، وهو يتصف بكونه صائما في الأبد لا ينقطع الوصف عنه،

---

[١] «ن» (التوقت).

[٢] «ن» (وقال صاحباه).

[٣] «ن» (قولنا).

[٤] «ص» (العمر كله).

وإن أفطر[١] في الليالي.

ولو قال: في عمري، لزمه صوم يوم لأنه يصير ظرفا لفعل الصوم، والفعل ينقطع بالليل فلم يصلح العمر كله ظرفا للفعل فصار كأنه قال: في عمري يوما لأن اليوم صالح وإذا كان كذلك وكونها طالقا يعم الوقت، فإذا نوى التخصيص لم يصدق، وأما العلة فلا تعم الوقت بل إنما توجد في جزء من النهار خاص، إلا أنه إذا لم ينو لم يصر آخر الجزء بأولى من الأول فطلقت[٢] بالأول، وإذا عين الآخر صار أولى فلم تطلق بالأول هذا الكلام ليس بشيء والوقت ظرف مع في ودون كلمة في، كقوله أنت طالق لا للمرأة المطلقة لأن الرجل ما أضافها إلى الوقت وإنما أضاف الكلمة، إلا أنه إذا قال في اليوم وفي غد صار كل وقت ظرفا على حدة لأنه كرر كلمة الظرف ولما صارا ظرفين اقتضى مظروفين أيضا فتكرر الوقوع ليصير كل واحد منهما ظرفا على حدة.

وإذا قال أنت طالق اليوم وغدا جعلها[٣] ظرفا واحدا لأنه لم يكرر كلمة الظرف فصار ظرفا واسعا فلم يقتض مظروفا آخر لمكان الاتساع، لأن الظرف ظرف اتسع أم ضاق، ولا يكون[٤] ظرفا بلا مظروف حتى إذا قال: أنت طالق في اليوم وغد وبعد غد لم تطلق إلا واحدة لأنه لم يكرر كلمة الظرف فكانت الأيام ظرفا واحدا، ومثاله الرجل يقول: والله لا أكلم فلانا ولا فلانا فأيهما كلم حنث، لأنه كرر كلمة النفي فصار كل واحد منهما منفيا على حدة، ولو قال: فلانا وفلانا، لا يحنث حتى يكلمهما، لأنه لم يكرر كلمة النفي فصارا منفيَين جملة.

---

[١] «أ» (أفطرنا).

[٢] «أ» (وطلقت).

[٣] في «أ» (جعلهما).

[٤] «ن» (فلا يكون).

وكذلك إذا قال: لله علي أن أصوم عمري، فالعمر كله جعل ظرفا لقوله أصوم، فلزمه إيجاده في العمر على حسب الإمكان لا أنّه[١] يصير ظرفا لكونه صائما فإنه ما أضاف الصائم إليه وإنما أضاف الصوم إليه لكنه إذا قال لله علي أن أصوم في عمري لزمه صوم يوم بدلالة العرف فإنه يراد به في عمري يوما.

ألا ترى أنّه لو صرح به استقام فيصير العمر ظرفا ليوم صومه فكذلك[٢] لا يتأبد لأن اليوم لا يتصور إمداده إلى جميع العمر.

ووجه قول أبي حنيفة ﷺ: أن الوقت يغير في مفعول فعله لأن الفعل وقع عليه، فقولك: طلقت عمرة[٣] اليوم كقولك أعطيت زيدا درهما، تعدي فعلك إلى شيئين هذا مذهب أهل البصرة، وإذا جاء بكلمة في صار ظرفا لفعله لوجود كلمة الظرف ضرورة، ولأنا متى لم نجعل هكذا لم يبق لـ(في) عمل بنفسها وصار وجودها وعدمها بمنزلة.

ألا ترى أنه إذا قال: لله علي أن أصوم عمري لزمه صوم العمر[٤]، لأن فعل الصوم تعدى إليه فاقتضى استغراقه، وإذا قال: في عمري صار ظرفا لفعل الصوم، وما لابد منه لتتمة الصوم[٥] وهو اليوم والظرف قد لا يقتضي استغراقا، فإذا كان كذلك قلنا: إذا قال غدا وهو مفعول فعله لغة كالمرأة، وكانت حقيقته للاستغراق بحسب التناول، فإذا نوى خلافه لم يصدق والاستغراق بالوقوع أول النهار ليكون

---

[١] «س» (لأنّه) والمثبت من «أ»، «ن».

[٢] «س» (فلذلك) والمثبت من «أ»، «ن».

[٣] «أ»، «ن» (امرأة).

[٤] «ص» (كله).

[٥] «ص» (كله).

حكمه ثابتا في كل الغد[١].

وإذا قال: في غد، وغدٌ في هذا الباب ظرف لصيرورتها مطلقة فيه وذلك يكون في جزء من النهار لا محالة، فكان[٢] التعيين إليه ولم يكن التعيين خلاف الحقيقة كما إذا قال: إحدى امرأتيه طالق[٣] وإذا لم ينو شيئا صار الجزء الأول أولى بالسبق، والله أعلم.

[٧١٤] مسألةٌ: إذا قال لامرأته أنت طالق قبل قدوم فلان بشهر لم تطلق حتى يقدم فلان بعد اليمين بشهر فصاعدا كما قال[٤]، وإذا قدم طلقت بعد القدوم، نص عليه في الأصل.

وإذا قال لها: أنت طالق قبل موت فلان بشهر لم تطلق حتى يموت فلان بعد اليمين بشهر فصاعدا، وإذا مات طلقت قبل الموت عند أبي حنيفة رحمه الله

وقالا[٥] بعد الموت كما في القدوم.

وقال زفر: يعم قبل الموت والقدوم جميعا.

وإذا قال لها: قبل موتك بشهر أو قبل موتي شهرا[٦]، أو قبل موتك أو قبل موتي، كان الجواب كذلك عند أبي حنيفة.

[١] «ص» (العدد).
[٢] في «أ»: (وكان).
[٣] «ن» (كما إذا طلق إحدى امرأتيه).
[٤] «ن» (كما إذا قال).
[٥] «ن»، «ص» (وقال أبو يوسف ومحمد).
[٦] «ص» (بشهر).

وقالا[١] لا تطلق، لأنها تطلق[٢] بعد الموت فلا تطلق.

أمّا زفر ﷺ فإنّه يقول: إن القدوم أو الموت معرف[٣] للوقت الذي أضيف الطلاق إليه، والطلاق يتبيّن بالعرف أنّه كان واقعا من قبل، كما إذا قال لها: أنت طالق قبل رمضان بشهر ثم التبس شعبان حتىٰ دخل رمضان فإنه يتبين أنه[٤] كان واقعا من قبل.

وكذلك إذا قال لها: إن كان زيد في الدار فأنت طالق ثم علم أنه كان في الدار وقع الطلاق من وقت اليمين قبل الرؤية، لأن الرؤية معرفة كرمضان معرف لشعبان، فكذلك فيما نحن فيه إنما أضاف الطلاق إلىٰ شهر نكرة فاقتضىٰ شهرا بعد اليمين، لأن اليمين يقتضي شروطا في المستقبل ثم وصف الشهر النكرة بصفة وهي أنه متصل بقدوم فلان، لأن تفسير قوله قبل القدوم بشهر قبله بثلاثين يوما فصار الوقت المضاف إليه الطلاق ذلك الشهر والقدوم يعرفه.

وكذلك الموت كرمضان لشعبان لا فرق بينهما إلا من حيث أن رمضان معلوم زمانه وأنّه اسم معرفة للوقت وفيما نحن فيه المعرف غير معلوم زمانه فيثبت برمضان ما قبله قبل مجيئه لوقوع العلم به قبل حينه، وفيما نحن فيه يتأخر علمنا إلىٰ حين وجود الموت والقدوم.

فأمّا الشرط في نفسه في الحالين فإنما يثبت بصيغة اللفظ وهي واحدة في الأبواب كلها، وكذلك إذا قال لها في شعبان: أنت طالق قبل رمضان بشهر طلقت

---

[١] «ن» (وقال أبو يوسف ومحمد)، «ص» (وعندهما).

[٢] «ص» (لأنها لو طلقت عندهما لطلقت).

[٣] «ص» (فيصرف).

[٤] «ص» (أن الطلاق).

وإن عدم شهر تام قبله لأن قبله شهر معروف وهو شعبان فصار بهذا الاسم مضيفا الطلاق إلىٰ وقت ماض فلم يصر بمعنىٰ الشرط، إنما يصير بمعنىٰ الشرط إذا أضيف[١] إلىٰ اسم يصلح أن يكون بعرض الوجود فيصير بحكم اليمين تسمية لما سيوجد كما في مسألتنا هذه، فإنه سمي[٢] شهرا نكرة وهو يصلح اسما لما مضىٰ وما سيوجد فاقتضىٰ شهرا في المستقبل فلا يحنث بما مضىٰ فأما بعد أن يكون شهرا في المستقبل فالطلاق يتعلق بالشهر بصفته لا بالمعرف فيقع قبل المعرّف كما وافقني أبو حنيفة ﷺ في الموت.

وأمّا[٣] أبو يوسف ومحمّد ﷺ فإنهما ذهبا إلىٰ أن القدوم في حكم الشرط وإن لم يكن شرطا حقيقة كالطلاق المضاف إلىٰ شهر يصير في حكم المعلق، وإن كان تأجيلا ولم يكن تعليقا، وإذا كان في حكم الشرط لم يقع الطلاق قبله كما في الأجل.

والدليل عليه: إجماعنا علىٰ أن الطلاق متعلق بشهر بعد اليمين بصفة الاتصال بالقدوم، لأن قوله: قبل القدوم بشهر بمنزلة قوله: قبله[٤] بثلاثين يوما، وقبله بثلاثين يوما لا يتصور إلا بتحقق القدوم واتّصال المدّة السّابقة به.

والطّلاق كما لا يقع قبل الوقت المضاف إليه لا يقع أيضا ما لم يوجد الوقت بصفته إذا وُصف الوقت بصفة كما لو وصف[٥] بيوم الخميس أو بشهر من أيام الصيف، وإذا كان الطلاق لا يقع إلا بعد ثبوت صفة الاتصال بالقدوم، وهذا

---

[١] «أ»، «ن»، «ص» (أضاف).

[٢] «ن»، «ص» (يسمىٰ).

[٣] «أ» (فأما).

[٤] «ص» (قبل القدوم).

[٥] «ص» (وصفه).

الوصف لا يثبت إلا بعد وجود القدوم توقف وقوع الطلاق على القدوم كما توقف على الشهر، ولما توقف الوقوع عليه وهو ملفوظ به صار في حكم الشرط، فإن من حكم الشرط أن يتوقف وقوع الطلاق عليه، ولما صار في حكمه وقع بعده ولم يستند إلى ما قبل الوقوع.

وكذلك قبل موت فلان بشهر لأن اتصال الشهر بالموت لا يكون إلا بعد وجود الموت لأن الموت وإن كان كائنا لا محالة فليس بمعلوم كونه، فما من وقت يشار إليه إلا ويجوز أن لا يتصل بالموت لجواز تأخر الموت عنه كما يجوز أن لا يتصل بالقدوم لجواز انعدام القدوم أصلا، ولما توقف الوقوع على الموت صار بمنزلة القدوم فبطل[١] إذا علق بموته أو بموتها.

بخلاف ما إذا قال لها: أنت طالق قبل موتي فإنها تطلق للحال، لأن الموت كائن لا محالة فكان قبل على الإطلاق موجودا للحال، لأن قبل على الإطلاق لا يوجب إلا السبق وكل ساعة موصوفة بالسبق على الموت، بخلاف ما قبل القدوم مطلقا فإنه لا يثبت إلا بعد القدوم لجواز أن لا يقدم أصلا، ففارق الموت القدوم بما قبله مطلقا، فأما ما قبله متصلا به فهما سواء، لأن الاتصال بوقت بعينه بالموت غير كائن لا محالة، بخلاف ما قبل رمضان بشهر أو مطلقا، فإنه ثابت قبل مجيء رمضان في الحالين، لأن شعبان شهر قبل رمضان متصل به رمضان معلوم قبل مجيء رمضان بكون رمضان اسما لوقت كائن في العادة معلوم معروف[٢].

ولا يلزمنا ما قلنا فيمن قال لعبده: أنت حر قبل موتي بشهر فمضى شهر ثم

---

[١] «ن»، «ص» (وبطل).

[٢] في «أ» (معرفة).

باعه صح ، ولو تعلق بالموت لما صح بيعه لأنا لم نقل إن الموت يصير شرطا ، وكيف نقول والطلاق لم يضف[١] إليه ، ولكنا قلنا: إن الطلاق لا يقع بعده لأنه موجد لما هو شرط بصفته لأن الاتصال للشهر لا يثبت إلا به والطلاق كما لا يقع إلا بعد الشرط لا يقع إلا بعد موجد الشرط لا محالة.

فكان التعليل لتأخير الوقوع عن القدوم والموت لا للتعليق به ، والعتق إنما يصير مستحقا للعبد إذا علق بالموت لا بأن يوجد بعده وهو معلق بشرط آخر على ما عرف في موضعه ، وإذا لم يثبت الاستحقاق لم يمنع اليمين البيع.

ألا ترى أنا قلنا جميعا: إذا قال لامرأته: أنت طالق قبل أن تحيضي[٢] حيضة بشهر فحاضت بعد شهر ودام الدم ثلاثة أيام طلقت ، ولو جعلت الحيضة شرطا لما طلقت إلا بعد الطهر ، كما لو قال لها: إذا حضت حيضة ، فالحيضة إذا اعتبرت موجدة للشهر[٣] نصّفته بوقت[٤] الطلاق على الإيجاد واتصال الشهر بها ، والاتصال يثبت[٥] بمضي ثلاثة أيام فلم يتوقف الطلاق على الحيضة بكمالها ، وإن كانت الحيضة وجودها على خطر كالقدوم ، وكذلك قلنا جميعا في كتاب الزيادات إذا قال الرجل: إن تزوجت زينب قبل عمرة بشهر فهما طالقان فتزوجهما كما قال لم تطلق عمرة ، لأنه لم يجعل يجعل نكاح عمرة شرطا وإنما جعله موجدا لما هو شرط من نكاح زينب قبلها[٦] بثلاثين يوما.

---

[١] «ص» (ما أضيف).
[٢] في «أ» (تحيض).
[٣] «ص» (بصفته).
[٤] «س» (توقف) ، والمثبت من «أ» ، «ن» ، «ص».
[٥] «ن» ، «ص» (ثبت).
[٦] «ص» (قبله).

والطلاق قبل النكاح لا يصح إلا مضافا إلى الملك فلما لم يصر نكاح عمرة شرطا لم يصر مضافا إلى نكاحها في حقها[١] وإنما أضيف إلى نكاح زينب فلم[٢] يصح طلاق عمرة، وإن كان مما يقع بعد نكاحها كما لو علق بدخول الدار، ودخلت الدار بعدما تزوجها، فثبت أنا أجمعنا جميعا أن الموت لا يكون شرطا ولا القدوم ولا الحيضة[٣] ولا نكاح عمرة، وإنما الاختلاف في الحكم.

فقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يقع الطلاق بعدها، وقال زفر رحمه الله: قبلها، وقال أبو حنيفة رحمه الله: في الموت خاصة يقع قبله، وذلك لأن صفة الاتصال للشهر الذي قبله يثبت[٤] قبل الموت إذا انتهى إلى آخر جزء من أجزاء حياته لأن اليأس عن الحياة متى تحقق تحقق الاتصال بالموت لذلك الجزء من الزمان، لأنه لا يأس قبل الاتصال، ولا بد من ساعة اليأس.

ألا ترى أنه إذا قال لها: إن لم أفعل كذا فأنت طالق طلقت قبل موته بلا فصل لوقوع اليأس قبله، ولو كان لا يقع إلا بالموت لكانت لا تطلق كما في مسألتنا هذه عندهما.

ألا ترى أن الموت كائن لا محالة كرمضان فيكون ما قبله موجودا قبل وجوده لا محالة حتى إذا قال: قبل موتي مطلقا، طلقت للحال كما لو قال: قبل رمضان، وإنما يفارق رمضان من حيث جواز التقدم والتأخر، وهذا الجواز والاحتمال إنما ينقطع إذا وقع اليأس عن الحياة، فيصير الزمان في تلك الحالة

[١] «ص» (نكاحها في حقها).
[٢] «ن» (ولم).
[٣] في «أ» (الحيض).
[٤] «ن» (ثبت).

ثابتا قبل الموت متصلا به كزمان قبل رمضان فيقع قبله كما في رمضان، وبه احتج في الأصل، فأمّا القدوم فيجوز أن لا يوجد أصلا فما قبله لا يتصور قبل وجوده.

ألا ترىٰ: أنه إذا قال لها: أنت طالق قبل موت فلان وفلان بشهر فمات أحدهما لتمام الشهر طلقت قبل موت الآخر، ولو قال قبل قدوم[١] فلان وفلان بشهر، والمسألة بحالها لم تطلق حتىٰ يقدم الآخر، فعلم أن ما قبل الموت بشهر قد يثبت[٢] قبل الموت ولا يثبت ما قبل القدوم إلا بالقدوم، فصار الموت معرفا إيانا للجزء الذي كان متصلا به وكان مجهولا، والقدوم موجدا لاتصال الجزئية فتوقف الطلاق علىٰ موجد صفة الشرط ولم يتوقف علىٰ المعرف.

دل عليه: أن الموت لما ثبت كونه لا محالة علم أن من الشهور التي قبله يتعين شهرا متصلا به في علم الله وقدره، إلا أن ما في علم الله لا يكون حجة لنا فلم نعتبره حتىٰ حين اليأس فإنه ساعة متصلة بالموت في علم الله[٣] إلا أنا لا ندريه، وما في علم العباد يكون حجة لنا فيكون معتبرا، إلا أنا كنا لا نحكم به لجهلنا به وجهلي بالشرط لا يمنع وقوع الطلاق، فأما القدوم إذا لم يكن كائنا ولم يتصف بالكون حتىٰ يوجد فكذلك ما قبله لا يتصف بالاتصال به حتىٰ يوجد والله أعلم.

|٧١٥| **مسألةٌ**: ثم علىٰ أصل أبي حنيفة ﷺ إذا وقع الطلاق عند الموت استند إلىٰ ما قبله بشرط وتجب العدة من حينئذ حتىٰ إذا كان قبله بشهرين انقضت

---

[١] «ن» (ولو قال: لقدوم).

[٢] «ص» (ثبت).

[٣] «س»، «ن» (الميت) والمثبت من «أ».

عدة الطلاق، وحتى لو كان الطلاق ثلاثا وكان وطؤها في الشهر غرم العقر، وإن كان واحدا رجعيا يصير مراجعا بذلك الوطء، وإن كان خالعها في الشهر ولم يكن مدخولا بها أو انقضت عدتها[١] قبل الموت ثم مات لتمام الشهر لم تطلق باليمين، لأنه يقع للحال ثم يستند فلا بد من قبول المحل للحال.

وأصل هذه المسألة فيما إذا قال: آخر امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة ثم أخرى ثم مات طلقت الآخرة عند الموت بلا فصل في قولهم جميعا، واستند عند أبي حنيفة ﷺ إلى التزوج[٢] حتى إذا كان جامعها بعد ذلك والطلاق ثلاث غرم العقر، وعندهما لا يستند، فصارت مسألة الاستناد مسألة على حدة.

أما أبو يوسف ومحمد ﷺ فإنهما قالا في الكتاب: إن الطلاق مضاف إلى آخر امرأة يتزوجها وإنما تصير آخرة بترك التزوج عليها، فيصير كأنه قال لها: إن لم أتزوج[٣] عليك امرأة فأنت طالق فلم يتزوج حتى مات فإنها تطلق في آخر جزء من أجزاء حياته[٤] ولا يستند الطلاق إلى ما قبل فكذا هذا، وكذلك في المسألة الأولى، وإن سلمنا أن الطلاق يقع قبل الموت فإنما يقع عند اتصاف[٥] الشهر بالاتصال بالموت وذلك إنما يثبت عند الموت فلا يستند إلى ما قبله كما لو قال: المرأة التي تدخل منكن الدار طالق، فدخلت واحدة طلقت للحال، ولا تستند إلى ما قبله.

والدليل على الثبوت عند الموت في الفصلين[٦]: أنها لو كانت منقضية

---

[١] «ن» (العدة).

[٢] «ص» (الزوج).

[٣] في حاشية «أ» مصححًا: (عليها فيصير كأنه قال لها إن لم أتزوج).

[٤] «ن»، «ص» (حياتها).

[٥] «ن» (اتصال).

[٦] «أ» (فصلين)، «ن» (فصلين جميعا).

العدة عند الموت منكوحة قبل ذلك بشهر لم يقع الطلاق باليمين، ولو كان على سبيل التبين[١] لوقع، والطلاق المعلق بشرط[٢] متى وقع عند تمام الشرط لم يستند عن حال وقوعه.

دل عليه: إذا قال لهما: أطولكما حياة طالق فماتت إحداهما طلقت الباقية، ولا يستند لأنها الآن تصير أطولهما حياة، وإن كان طول الحياة صفة للمرأة كالآخرية[٣].

ولأبي حنيفة ﵀: أن الشرط هو التزوج بامرأة[٤] هي آخرة ولهذا صح اليمين بالطلاق قبل الملك فإنه لا يصح إلا إذا علق بالملك إلا أن الطلاق لا يقع بنفس التزوج لأن الشرط تزوج امرأة هي آخرة، وهي لا تصير آخرة مالم تمت قبل أن يتزوج عليها أخرى، فلم يقع الطلاق لانعدام صفة الآخرية للمرأة التي جعل تزوجها شرطا، إذ الطلاق كما ينعدم بانعدام الشرط أو بعضه فكذلك بانعدام وصفه، وهذه الصفة إنما تثبت للمرأة عند اليأس عن التزوج[٥] عليها فالآن يقع الطلاق، ولكن بعد الثبوت يستند إلى أول التزوج وتصير من حينئذ آخر امرأة تزوجها، لأن الرجل ما علق بالتزوج إلا طلاق من يتزوجها وهي آخرة حين تزوجها هكذا[٦] قال.

[١] في «أ» (التبيين).

[٢] «ن» (لشرط).

[٣] «ن» (كالآخرة)، في «أ» (كالأجزية) ولعلها (كالأجزئية) وفي حاشية «أ» (كالآخرة).

[٤] «أ» (لامرأة).

[٥] «ص» (ترك التزوج).

[٦] في حاشية «أ» (فكذا).

وإذا استند الوصف إلى أوّل النكاح استند الوقوع معه[١] لأن عدمه كان لمانع من الوقوع ويزول[٢] المنع على مثال زوال المانع إن تبين أن حكم المانع كان زائلا تبين أن الطلاق كان واقعا وإن زال[٣] للحال واقتصر عليه الزوال زال المنع للحال ووقع مقتصرا عليه، وإن زال للحال واستند إلى ما قبل زال المنع للحال واستند أيضا فوقع للحال واستند الوقوع إلى ما قبل، لأن الحكم تبع العلة فيثبت حسب ثبوتها بخلاف قوله: إن لم أتزوج عليك فأنت طالق، لأن الشرط هو ترك التزوج عليها، والترك إنما يتم حين اليأس عن التزوج لأنه أمر ممتد، واقتصر التمام على حال وجوده فوقع الطلاق مقتصرا عليه كما لو علق الطلاق بمضي شهر لم يستند إلى ما قبله أو بشرطين لم يستند إلى أولهما لأن بعضه ليس بتبع للبعض، بل كل جزء من الشرط قائم بنفسه، ولما قام بنفسه لم يستند إلى ما قبله.

فأمّا الوصف فلا يقوم بنفسه بل بالموصوف، والموصوف هي المرأة التي تزوجها لا[٤] المرأة المنكوحة عند الموت، فإنه وصفها بالآخرية حين ما يتزوجها فإذا ثبت الوصف استند إلى حين التزوج كما وصفها الرجل، وبخلاف قوله: أطولكما حياة طالق لأن المراد بذي[٥] الكلمة[٦] ليس الطول[٧] من حيث طوله

---

[١] «ن» (معه الوقوع).

[٢] «ن» (فيزول).

[٣] «ن» (زالت).

[٤] في «أ»: (لأن).

[٥] «ن»، «ص» (بهذه).

[٦] «ص» (الباقية).

[٧] «ن» (بالطول).

فيما مضىٰ لأنه لا عبرة به ولكن في المستقبل، حتىٰ إن إحداهما إن كانت بنت مائة سنة والأخرىٰ بنت عشر سنين لم تطلق العجوز، وإذا كان المراد به الطول[١] في المستقبل كان مجازا عن قوله: الباقية منكما بعد صاحبتها طالق.

والبقاء صفة تثبت بعد موت الأخرىٰ بقيام[٢] الحياة لها بعد الأخرىٰ[٣] لا بما مضىٰ، وهذا البقاء بعينه شرط الطلاق، وقد وجد للحال غير مستند فلم يستند إلىٰ ما قبل، وصار صفة[٤] البقاء ها هنا بمنزلة التزوج في المسألة الأولىٰ، فإن الشرط فيها تزوجه امرأة علىٰ ما مر، ولكن بشرط أن تكون موصوفة بالآخرية، وهذا الوصف يثبت لها مستندا حتىٰ يصير متزوجا امرأة هي آخرة.

وبخلاف قوله: المرأة التي تدخل الدار منكن طالق، لأنه طلق الموصوفة بالدخول لا غير، وهي تتصف به حين الدخول بمعنىٰ مقصور عليه للحال، فيقتصر الوصف فيقتصر الوقوع عليه، وكان مثاله[٥] مرض الموت فإنه سبب للحجر عن التبرع بما فوق الثلث، غير أن المريض إذا تصرف نفذ وملكه الموهوب له، لأن المرض وإن ثبت فالمراد به مرض هو سبب الموت، وإنما يصير سببا إذا اتصل الموت به، وإنما يصير كل المرض سببا كجراح يتصل الموت بها[٦] يضاف إلىٰ كلها، وإذا صار وصفا للجميع[٧] استند إلىٰ أول المرض

---

[١] «ن» (المراد بالطول).
[٢] «ص» (لقيام).
[٣] «ن» (موت الأخرىٰ).
[٤] «ص» (فصار وصفه).
[٥] «ص» (مسألتنا).
[٦] «ص» (إنما).
[٧] في «أ» (للجمع).

الذي أثبتناه لأنه اعتبر وصفا لغيره فلا يقوم إلا به، فيستند حكمه وهو الحجر عليه[١] فينقضي[٢] تصرفه فيما زاد على الثلث بعد النفاذ، حتى إن الموهوب له إن كان اعتق أو استولد أو أخرج عن ملكه وعجز عن الرد ضمن ثلثي القيمة لنفاذ تصرف الموهوب له بناء على نفاذ الأول.

[٧١٦] مسألةٌ: وكذلك النصاب علّة للزكاة ولكن بصفة أن يكون النصاب حوليا، فالحولي صفة[٣] للنصاب من أوله فإنه متى كان ناقصا لأوله لا تجب، فعند تمام الحول ذلك النصاب يصير من أوله متصفا بالحول[٤] فيستند الوصف إليه فيستند وجوب الزكاة إليه، حتى إذا كان المالك عجّل في السنة أجزأه إذا تم الحول لأنه يصير مؤديا[٥] بعد الوجوب إذا استند إذ لولاه لما جاز، فعلمت أن وصف الشيء متى جعل من العلة وجب التأمل إن كان الوصف يستقر على حين[٦] وجوده للموصوف استقر الحكم، وإن استند إلى موصوف قبل الوقت استند الحكم أيضا وأمّا الحكم فلا يوجد في الحالين مالم يوجد الوصف، وإذا ثبت هذا في هذه كذلك في مسألة الطلاق قبل الموت بشهر، لأن الطلاق امتنع ثبوته لانعدام صفة الاتصال للشهر بالموت، فإن أصل الشرط هو الشهر فإذا جاء آخر الحياة اتصل فاتصف[٧] الشهر من أوله بأنه متصل بالموت فيستند إليه ولا

[١] «ص» (إليه).
[٢] «ن» (فينقص)، «ص» (فيقتصر).
[٣] في «أ» (سبب).
[٤] «ن»، «ص»، «أ» (الحولي).
[٥] «ص» (مزكيا).
[٦] «ن»، حاشية «أ» (حال).
[٧] «ص» (فأضيف).

يمكن القصر للحال لأن الجزء القائم للحال ليس بشهر، والصفة وجبت مراعاتها للشهر المسمىٰ، ولن[١] يوجد الزمان قبل الموت شهرا[٢] إلا باعتبار [ما مضىٰ][٣] كالمرأة التي هي آخرة عند التزوج فيستند زوال المنع أيضا، بخلاف مسألة القدوم[٤] لأن الطلاق لما توقف علىٰ القدوم ووقع بعده صار في حكم الشرط لأنه ملفوظ به فمنع الإسناد لأنه في نفسه ليس بوصف للشهر إنما الوصف الاتصال به.

فأما[٥] في مسألة الموت فما توقف علىٰ الموت الملفوظ به لما مر، وإنما توقف علىٰ آخر جزء من أجزاء الحياة وذلك غير ملفوظ به ليصير بمعنىٰ الشرط فيصير معتبرا بنفسه فبقيت العبرة للاتصال لا غير، وأنه وصف للشهر كالآخرية للمرأة، والله أعلم.

|٧١٧| مسألةٌ: ومثال ذلك أيضا ضمان الغصب[٦] فإنه يفيد الملك عند الأداء ويستند إلى أول الغصب حتى لو كان باع بعد الغصب نفذ[٧] بيعه لأنه يصير بائعا بعد الملك، لأن ضمان الغصب هو المفيد للملك وهو العلة، ولكن إذا اتصف بالقيام مقام الأصل في ملك المغصوب منه، وهذا الوصف إنما يثبت[٨]

---

[١] «ن» (ولم).

[٢] «ن» (بشهر).

[٣] ما بين [ ] ليس في «س».

[٤] «ن» (للقدوم)، «ص» (الوقوع).

[٥] «ن» (وأما).

[٦] «ص» (علىٰ أصلنا).

[٧] «ن» (بعد).

[٨] «ن» (ثبت).

عند الأداء أو القضاء، فلا يقع[١] الملك قبله، ولكن بعد ما اتصف فذلك الضمان الواجب بالغصب يصير قائما فيستند الوصف إلى الموصوف فيصير كأنه كان موجودا من ذلك الوقت فيثبت الملك من ذلك الوقت أيضا.

[٧١٨] مسألةٌ: وكذلك المكاتب إذا مات عن وفاء لا يحكم بعتقه حتى يؤدي كتابته وبعد الأداء يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته، لأن ما يؤدّى عن الميت من حقوقه بولاية عليه فهو[٢] المؤدِّي حكما، لأن فعل النائب ينتقل[٣] إليه كما في حال الحياة، وإنه لا يتصف بالأداء حال الموت فلا بد من التصحيح من حين الحياة لا أن يصح للحال ثم يستند لأنه للحال، ليس بأهل الإنابة[٤] والأفعال الصحيحة، فعلمنا أنّ الشرع صححه من ذلك الوقت رحمة عليه ليتدارك ما فرط من[٥] حياته بعد مماته.

وإذا صحّ من ذلك الوقت وقع العتق من ذلك الوقت، لا أن يقع للحال ثم يستند فكان هذا أبعد مما نحن فيه، لأنا أسندنا وجود الأداء بنفسه إلى ما قبل وقد وجد الآن، وفيما نحن فيه صححنا الوجود للحال، ثم أسندنا بحق[٦] أنه وصف لسابق فكان دون مسألة أداء الكتابة بعد الموت، فلما جاز الأعلى بدليله فالأدنى أجوز، وكذلك الرجل يموت عن مكاتب فيؤدي الكتابة إلى الوارث عتق

---

[١] «ص» (ولا يقع).
[٢] «ص» (وهو).
[٣] «ص» (منتقل).
[٤] في «أ» (لإنابة).
[٥] في «أ» (في).
[٦] «ص» (نحن).

علىٰ الميت وكان الولاء له كأنه أعتقه في حياته ، لأن السبب صحيح منه ، فلا بد أن يضاف الحكم إليه ، وقد امتنع للحال إضافة الاستحقاق إليه فاستند إلىٰ آخر[١] ما يوصف بالاستحقاق وهو آخر جزء من أجزاء حياته ، فثبت أن الوصف متىٰ ثبت ولا يمكن الإضافة إلىٰ موصوف قائم للحال أسند إلىٰ ما قبله لضرورة أنه لا يقوم إلا بالموصوف ، فمتىٰ ثبت لم يكن بد من طلب موصوف لإثباته ، والله أعلم .

---

[١] «ن» (أوّل) .

فَصْــلٌ

ومما يشبه التعليق مسائل المشيئة والتخيير والأمر باليد

[٧١٩] مسألةٌ[١]: إذا قال لامرأته: طلقي نفسك إن شئت لم يملك أن يرجع وكان لها أن تطلق نفسها ما دامت في مجلس علمها.

وقال مالك(٢) رحمه الله: يتأبد.

وقال الشافعي(٣) رحمه الله في قول: له أن يرجع.

للشافعي رحمه الله: أن الخلاف في هذا وفيما إذا قال لها: طلقي واحد، وطلقي أمر بالطلاق[٤] فلا يقع لازما كما لو خاطب به[٥] الأجنبي، ولأن قوله: إن شئت لغو، لأنها بمطلق[٦] الأمر لا ينصرف[٧] بغير مشيئة. ألا ترى أنه لو قال لآخر: بع عبدي بألف درهم، أو بع عبدي إن شئت[٨] كان الجواب واحدا.

ولمالك رحمه الله: أن الأمر المطلق عن الوقت يتعلق بالعمر كما لو قال لها:

---

[١] الترجمة ليست في «س»، «أ».

(٢) انظر: «المدونة» (٢/٢٨٢)، «النَّوادر والزِّيادات» لابن أبي زيد (٥/٢٢٤).

(٣) انظر: «الحاوي الكبير» (٩/٥٠٦)، «نهاية المطلب» (١٤/٢٢٤)، «العزيز» للرافعي (٥/٥٤٣).

[٤] «ص» (بالتطليق).

[٥] «ص» (كما لو قال ذلك).

[٦] «أ» (لمطلق).

[٧] «س» (يتصرف).

[٨] «ن» (بألف أو قال بع إن شئت).

بيعي مالي[١]، أو قال لأجنبي: طلق امرأتي، ولأنه لو قال لها[٢]: طلقي نفسك إذا شئت لم يقتصر على المجلس فكذا إن شئت، لأنه لا فرق بينهما لغة[٣]. ولأنا إن اعتبرنا هذا التعليق بالإيمان تأبد كما لو علق بدخول الدار أو كلام فلان[٤]، وكذا إن اعتبرنا[٥] بالوكالة، إلا أنا نقول: قول القائل: طلقي إن شئت، بمنزلة قوله اختاري نفسك، لأن اختيارها نفسها تطليقة بمشيئتها، لأن الاختيار[٦] لا يكون إلا بمشيئة، فصار قوله: أبيني نفسك إن شئت تفسيرا لقوله: اختاري نفسك، وقد جاء عن الصحابة عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم وغيرهم أن المخيرة[٧] في الطلاق لها الجواب ما دامت في المجلس(٨).

[*وكذلك إذا قال لها: طلقي لأنها تعمل لنفسها في التطليق لأنها ترفع عن نفسها قيد النكاح كالذي يرفع قيد الوثاق عن رجله يكون عاملا لنفسه لا متصرفا في القيد بأمر صاحبه إنَّما هو آلة لا يمكنه أن يفعل فعل الإطلاق لنفسه، إلا بحل القيد، كالجرح لا يكون إلا بسيف[٩]، والإنسان فيما يعمل لنفسه لا يكون متصرفا إلا عن اختيار ومشيئة، فيصير قوله: طلقي بمنزلة قوله: إن شئت

---

[١] «ص» (مالك).

[٢] «ص» (لامرأته).

[٣] «ص» (في الفقه).

[٤] «ص» (وكلام زيد).

[٥] «ص» (اعتبرناه).

[٦] «أ» (الإخبار).

[٧] «أ» (المخير).

(٨) من ذلك ما رواه عبد الرزاق في مصنفه (٦/٥٢٥)، وابن أبي شيبة (٩/٥٨٨) عن عبد الله بن عمرو، أن عمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان كانا يقولان: «إذا خير الرجل امرأته، أو ملكها، وافترقا من ذلك المجلس، ولم يحلف شيئا، فأمرها إلى زوجها».

[٩] «أ» (بسبق) والمثبت من «ن».

واختاري وملكتك طلاقك ، وإذا صار التفويض إليها تمليكا كيف ما كان لأنها تتصرف لنفسها فلم تصلح ثابتة كان الجواب مقصورا على المجلس ، كالجواب عن البيع والهبة والصدقة وجميع التمليكات بخلاف الوكالات لأنها أمر ؛ والأمر يتم بنفسه ولا يقتضي جوابا ليقدر بالمجلس بخلاف سائر الأيمان ؛ لأن اليمين يتم بالحالف ولا يقتضي جوابا ، فأما التمليك فيقتضي جواب المتملك ليتم تمليكا لقصور ولاية المملك على نفسه دون المتملك ، والجواب يكون على أثر الخطاب وفوره ، إلا أنه قدر بالمجلس نفيا للحرج فإن الجواب إنما يكون عن رأي ، فلا بد من مقدار يروي فيه رأيه.

وبخلاف ما إذا قال: إذا شئت ، لأن إذا بمنزلة متى في هذا الموضع فيكون عبارة عن الوقت فيصير بمنزلة المضاف إلى وقت المشيئة فلم يقتض جوابا للحال ، كما إذا قال لها: طلقي نفسك رأس الشهر أو إذا جاء غدٌ هذا لبيان القصر على المجلس.

وأما اللزوم فلأن فيه معنى[١] تعليق الطلاق بالشرط لما ذكرنا أنه تمليك وأن الثبوت تعلق[٢] بمشيئتها وأن قوله: طلقي نفسك إن شئت ، وقوله: أنت طالق إن شئت واحد في المعنى؛ لأنها ليست بوكيله في الحالين ، والطلاق متعلق بمشيئتها ، وعلى هذا قالوا فيمن قال لعبده: أنت حر على ألف درهم أنه لا يملك الرجوع ، أو لامرأته: أنت طالق على ألف ، لأنه بمنزلة التعليق بشرط القبول ، فلزم لأنه مما يتعلق بالشرط فيصير يمينا بخلاف ما إذا قال: بع عبدي إن شئت أو أبرئ نفسك عن الدين إذا شئت فإنه لا يلزم ، لأن البراءة نفسها أو البيع

---

[١] «أ» (مع).

[٢] «ن» (يتعلق).

مما لا يتعلق بالشرط[١] فيلغو جهة اليمين وتبقىٰ العبرة للأمر المطلق.

ولهذا قلنا: إذا قال لأجنبي طلق امرأتي إن شئت، إنه يكون لازما ويقتصر علىٰ المجلس، خلافا لزفر رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ لأنه صرح بالتعليق بالمشيئة فصار تمليكا لما ذكرنا أن التصرف الذي يصدر عن مشيئة كان عن حكم[٢] الملك دون الأمر.

ألا ترىٰ أن الله ﷺ لو قال: اعملوا كذا إن شئتم لم يكن الزاما وكان تمليكا، ولما صار تمليكا صار كما لو فوض إلىٰ المرأة بخلاف ما إذا قال: طلق امرأتي لأنه أمر صيغة ولم يقترن به ما يجعله تمليكا فبقي أمرا ووكالة فلم يقتصر علىٰ المجلس ولم يلزمه لأن اللزوم بحكم المشيئة[٣] باليمين لما صار تمليكا وتعلق الوقوع بالمشيئة والاقتصار بحكم التمليك واقتضائه الجواب ليتم عليها[٤].

❁ فإن قيل: لو قال له: طلق كان الوكيل متصرفا أيضا عن اختيار ومشيئة.

❁ قلنا: ذلك الاختيار بعدم نفاذ إلزام الأمر عليه لعدم ولاية الآمر لا لصيغة الكلام فإن الصيغة تلزمه لو كانت عن ذي ولاية، وإذا قال: إن شئت فالاختيار بحكم الصيغة، وكلامنا في بيان صيغة الألفاظ لا فيما يمتنع من النفاذ بحكم عدم الولاية أو بدليل آخر، والله أعلم.

|٧٢٠| مسألةٌ: إذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق كيف شئت طلقت واحدة رجعية، ولا خيار لها ولا مشيئة إذا لم يكن للزوج نية. وكذلك إذا قال لعبده:

[١] «ن» (الشروط).
[٢] حاشية «أ»: (عزلك بحكم).
[٣] «ن» (الشبه).
[٤] «ن» (علة).

أنت حر كيف شئت عتق، ولغا قوله: كيف شئت عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا[١]: لا يقع حتىٰ تشاء، وذهبا إلىٰ أنه أضاف الطلاق إلىٰ مشيئتها، وأكد التعليق بكيف فإنها لتعميم أوصاف المشيئة فلا توجب تغيير حكم التعليق إن لم توجب تأكيدا[٢] كما إذا قال لها: حيث شئت أو متىٰ شئت أو كم شئت لأنَّ كم لتعميم العدد ومتىٰ لتعميم الزمان وحيث لتعميم المكان فلم يوجب الغاء التعليق[٣] بأصل المشيئة بل أكد فكذا كيف، ولأنا متىٰ لم نعلق الطلاق بالمشيئة لغت كلمة كيف في العتق علىٰ كل حال، وكذلك في الطلاق[٤] إذا لم يكن نية والكلام لا يلغىٰ ما أمكن.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: أن كيف في اللغة تدخل[٥] علىٰ وصف الشيء دون أصله، لا يقال: كيف فلان إذا استخبر عن وجوده، بل إذا استخبر عن أوصافه، ولا يقال: كيف أصبحت إذا استفهمت عن الإصباح أصله بل إذا استخبرت عن حاله بعد الصباح[٦]، ولا يقال كيف طلقت إلا بعد الطلاق فإذا علق بالمشيئة كيفية الإيقاع بقي أصله غير معلق، ولما بقي غير معلق وقع، ولا أوصاف للواقع من الطلاق أو العتق إذا لم ينو الزوج شيئا فلغا كيف شئت في حق التعليق إذا لم يُنو شيء يحتمل التعليق بها بخلاف قوله: كم شئت لأنه يدخل علىٰ أصل العدد، ألا ترىٰ أن من قال لآخر: كم معك استقام[٧] الجواب عنه

[١] «ن» (قال صاحباه)، «ص» (وعندهما).

[٢] «أ»، «ن» (تأكّدا)، والمثبت من «ص».

[٣] «ن» زيادة (بل).

[٤] «ن» (العتاق)، وفي «ص» (وعندهما).

[٥] «أ» (يدخل)، والمثبت من «ن».

[٦] «ص» (إذا استخبر وجوده، بل إذا استخبرت عن أصل الاحتياج، بل إذا استفهمت عن حاله).

[٧] «ص» (استفهام).

بالواحد وبخلاف قوله متىٰ شئت*][1] ، لأنه أضاف طالق إلىٰ متىٰ ، ومتىٰ عبارة عن الزمان فلم تطلق حتىٰ يوجد زمان مشيئتها ، وبخلاف قوله: أنت طالق حيث شئت لأن حيث دخلت علىٰ المشيئة فبقي الطلاق معلّقا بالمشيئة[2] بلا واسطة كما لو قال لها: أنت طالق في أيّ مكان شئت الطلاق.

❁ **فإن قيل**: فكذا ها هنا كيف دخلت على المشيئة أيضا كأنه قال لها: كيف شئت طلاقك فأنت طالق أو قال لها طلقي نفسك كيف شئت[3] ، ومعنىٰ قوله طلِّقي نفسك إنْ شئت فكذا إذا أضاف إلىٰ كيف شئت لأنه لا فرق بينهما إلا[4] إن شئت كلمة خاصة وكيف كلمة تعم الأوصاف ويقال: كيف إذا هجمت عليك بغتة[5] ، وقال الله ﷻ: ﴿فَكَيْفَ إِذَا جِئْنَا مِن كُلِّ أُمَّةٍ بِشَهِيدٍ﴾ [النساء: ٤١] أي كيف يكون ، ويقال: افعل كيف شئت ، فيدخل علىٰ أصل الفعل ، فثبت أن كيف قد يضاف إلىٰ موجود فيصير استيضافا وقد يضاف إلىٰ معدوم فيكون[6] لتعليق الأصل بأوصافه[7] بالمشيئة كيلا يلغو بنفسه ، وأنت طالق وإن كان إخبارا عن موجود صيغة[8] فهو إيجاد لطلاق معدوم فيتعلق الوجود بأوصافه كلها بالمشيئة ويدل كيف علىٰ أن ذلك الطلاق بحيث يوجد بمشيئته[9] ، كما إذا قيل[10]: افعل

---

[1] ما بين [* *] بياض في «س» والمثبت من «أ» ، «ن» ، «ص».
[2] «ص» (علىٰ المشيئة).
[3] زاد في «ص» (لأنه لا فرق بين قوله أنت طالق إن شئت وبين قوله طلقي نفسك...).
[4] زاد في حاشية «أ»: (أنَّ).
[5] «أ» (نعمة).
[6] «أ» (وكيف) ، في «أ» (فكيف).
[7] «ص» (بأوصافها).
[8] «س» (صفة).
[9] «ص» (بمشيئتها).
[10] «ن» (قال).

كيف شئت يدلّ علىٰ أنه بحيث تكون منه وبمشيئته.

والجواب عنه: أنا لا ننكر دخول كيف علىٰ معدوم سيوجد ولكن نقول: لا يتعرض[١] لأصل ذلك[٢] الذي دخل عليه إذا قيل له افعل كذا كيف شئت فأصل الأمر به يثبت كما لو لم يعلق[٣] بالمشيئة، فكذلك ههنا لا نتعرض لقوله: أنت طالق، إلا أنه بلا كيف للإيقاع في الحال، والأمر للتمليك فيكون للإخبار في الثاني.

فما قاله أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَىٰ حقيقة الكلام وما قالاه معاني كلام الناس عرفا واستعمالا، لا حقيقة، والله أعلم.

[٧٢١] مسألةٌ ليست من هذا الجنس موضعها ههنا، وهي: أن الزوج إذا أراد البائن[٤] أو الثلاث بقوله: كيف شئت، صح اختيارها ذلك.

وإنما تنبني هذه المسألة علىٰ أخرىٰ وهو أن الزوج إذا طلقها طلاقا رجعيا ثم أبان تلك التطليقة أو جعلها ثلاثا هل يصح أم لا؟

قال أبو حنيفة رحمه الله: يصح، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يصح وقال محمد رحمه الله: يصح الإبانة، ولا تصح الثلاث[٥].

---

[١] «أ» (نعرض).

[٢] «ص» زيادة (الشيء).

[٣] «ص» (كما لو تعلق).

[٤] «ن» (الثاني).

[٥] «ص» (صح اختياره ذلك عند أبي حنيفة ولا يصح عند أبي يوسف وعند محمد رحمه الله يصح البائن ولا يصح الثلاث، وهي تنبني علىٰ مسألة أخرىٰ، وهو أن الزوج إذا طلقها تطليقة رجعة ثم قال=

فأبو يوسف رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى يقول: البينونة إنما تثبت بسقوط خيار الرجعة ولا ملك له في الإسقاط بعد الثبوت. ألا ترى أنه لو قال: أسقطت الخيار لم يسقط بخلاف خيار الشرط في البيع لأنه خيار ثبت شرطه[١] فسقط[٢] بإسقاطه، وهذا ثبت حكما لما أوقع والواقع طلاق قد مضى لازما فلا يملك تغيير حكمه.

وأما محمد رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى يقول: إن الزوج يملك إسقاط الخيار بالتصرف، فإنه يملك ابتداء التطليق بلا خيار بالتصرف في الطلاق بأن يطلق طلاقا بائنا[٣] ولما كانت الإبانة صفة يقبلها الطلاق وكانت مملوكة للزوج ملك إيجابها للطلاق بعد الإيقاع كما في حال الإيقاع لأن سبب الإيجاب قيام ملك الزوج[٤] وأنه باق. ألا ترى أنه يملك أن يطلق أخرى بائنة، فأما الثلاث فليست بصفة للواحد[٥] فيلغو جعل الواحدة ثلاثا لأنها لا تنجعل فلا تتصور.

❁ **فإن قيل:** طلاق[٦] وقع وخرج عن ملكه لا يحتمل الاتصاف بالبينونة بتصرف الزوج لأن الوصف تبع الأصل فتبقى العبرة بما بقي للزوج من حكمه وهو خيار الرجع.

❁ **قلنا:** الطلاق وإن خرج من يده بالإرسال فإنه باق حكما ما بقي المحل قابلا للتصرف، ألا ترى أن البيع يخرج من يدي المتعاقدين بالإيجاب والقبول

= جعلتها بائنا أو ثلاثا وقد مرت هذه المسألة من قبل).

[١] «أ» (بشرطه).

[٢] «أ» (فيسقط).

[٣] «ن» (ثانيا).

[٤] «ن» (النكاح).

[٥] «ن» (للواحدة).

[٦] في حاشية «أ» (النكاح).

لأنه كلام مضى كالطلاق ويبقى لها[١] فيه حكم[٢] الملك حتى يقبل الفسخ ما بقي المحل قابلا لذلك فكذلك ها هنا، فهذه شبهة المسألة، وإذا كان كذلك قبل الطلاق التصرف فيه بحكم الملك على وجه يقبله، وأنه مما يقبل صفة الإبانة ولا يقبل صفة الفسخ.

وأبو حنيفة رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى يقول: لما قبل الإبانة اعتبارا بالابتداء قبل صيرورته ثلاثا اعتبارا بالابتداء بل أولى؛ فإن الإبانة لا تثبت إلا صفة له وأنه شيء ماض ويصير ثلاثا بإيقاع للحال فكان أيسر، وقول محمد رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى أنه لا يحتمل فصحيح إلا أنه لما[٣] لم يحتمل الصحة على الحقيقة وجب التصحيح على مجازه لأنه أراد الصحة، ولها طريقان حقيقة ومجاز فإذا انسد أحد البابين فتح الآخر فنجعله ثلاثا بضم الأخريين[٤] إليه، وهذا كما إذا قال لامرأته: أنت الثلاث ونوى طلاقا طلقت ثلاثا وهي لا تكون ثلاثا بحال ولا طلاقا ولكن نحمله على المجاز وأنت مطلقة بثلاث، فوصفها بالثلاث لأنها محل الثلاث، والعرب تسمي الشيء باسم محله[٥]، فلمّا صحّ أن توصف المرأة بالثلاث بإيقاع ثلاث عليها جاز وصف الواحدة بثلاث بضم ثنتين إليها بل أولى والله أعلم.

---

[١] «ن»، «أ» (لهما).

[٢] «ن» (حق).

[٣] (لما) ليست في «س»، «أ»، والمثبت من «ن».

[٤] في «أ» (الآخرين).

[٥] «س»، «أ» (محل باسمه)، والمثبت من «ن».

|٧٢٢| مسألةٌ: إذا قال لامرأته: إن كنت تحبيني بقلبك فأنت طالق، فقالت: أحب[١]، وهي كاذبة طلقت عندهما[٢].

وقال محمد رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: لا تطلق لأنه لما ذكر القلب بين أنه علق بحقيقة المحبة لا بالخبر عنها، إلا أنا نقول: لو لم يقل بقلبك طلقت بالكذب، وإن كانت المحبة لا تكون إلا بالقلب، لأنه أمر باطن ولما علق به حكم ظاهر يحتاج إلى تنفيذه تعلق بسبب ظاهر يدل على الباطن ليكون التكليف بما في الوسع، وهذا المعنى ثابت[٣] وإن قال بقلبك فيلغو ذكره.

وهذا كما إذا قال: إن كان في علم ﷺ أن فلانا يقدم إلى شهر فأنت طالق الساعة فقدم فلان إلى شهر طلقت بعد القدوم ولغا قوله: إن كان في علم الله لأنه أمر باطن لا نقف عليه إلا بحدوث القدوم فعلق الحكم بالسبب الظاهر ولغا[٤] الباطن في تعليق الحكم به، وإن كنا نقف عليه إذا حدث القدوم تيسيرا علينا فهذا[٥] الذي لا نقف[٦] عليه أولى، والله أعلم.

|٧٢٣| مسألةٌ: إذا قال الرجل لامرأته[٧]: طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم تطلق عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى.

---

[١] «ص» (أحبك).
[٢] «ص» (عند أبي حنيفة وأبي يوسف).
[٣] «ن»، «ص» (قائم).
[٤] «ص» زيادة (اعتبار).
[٥] «ص» (بهذا).
[٦] «س» (فقد)، والمثبت من «أ»، «ن».
[٧] «ص» زيادة (زينب).

وعندهما[١]: تطلق واحدة، وكذلك إذا قال لها: طلقي نفسك واحدة إن شئت فقالت: شئت ثلاثا، وكذلك على هذا إذا قال لها: طلقي نفسك بعض الطلاق، فقالت: طلقت كل الطلاق.

وجه قولهما ظاهر، وهو: أن الثلاث عبارة عن الواحدة وزيادة فصارت مجيبة بما فوض إليها وزيادة، فصح[٢] الجواب وبطلت الزيادة، كما لو قالت[٣]: واحدة وواحدة وواحدة، وكذلك الكل فيه البعض وزيادة، ألا ترى أن الرجل لو قال: طلقتها ألفا، طلقت ثلاثا وإن لم يفوض الله ﷺ إليه إلا ثلاثا، وهو أتى بالألف لأن في الألف ثلاثا، وكذلك الوكيل بطلاق عَمرة إذا جمع بينها وبين سائر الضرات، فقال: أنتن طوالق، طلقت عمرة ولم تنفذ الزيادة، وإذا قال الرجل لآخر: اضرب عبدي سوطا فجمع بين سوطين فضرب فمات لم يضمن النصف لأنه موافق فيه، ألا ترى أنه لو قال لها: طلقي نفسك ثلاثا فقالت: طلقت واحدة كان جوابا لأن في الثلاث واحدة بخلاف ما إذا قال لها: طلقي نفسك ثلاثا إن شئت فشاءت الواحدة لم تطلق لأنها ليست بمخالفة، ولكن فوض إليها الطلاق بشرط أن تشاء الثلاث، فإن قوله: إن شئت معناه إن شئت ثلاثا فإذا شاءت واحدة فلم يكمل الشرط، وإن وافقت فلم يقع شيء كما لو قال لها: إن كلمت هؤلاء الثلاثة فكلمت رجلا واحدا، فأما إذا قال لها: طلقي نفسك واحدة إن شئت فشاءت ثلاثا فقد أتت بالشرط وزادت فلزمها الجزاء بالشرط والزيادة لغو وبهذه المسألة يبطل قول من يقول: أن الطلاق يتوقف على العدد كما يتوقف على الشرط فإنه لو قال لها: طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة وقع ولو قال: إن

---

[١] «ص» (عند أبي يوسف ومحمد).

[٢] «أ» (فيصح).

[٣] «ن» (قال).

شئت لم يقع على ما قلنا.

ولهذا قال أبو يوسف ومحمد رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ تَعَالَىٰ في الشاهدين شهد أحدهما بتطليقة والآخر بتطليقتين أو بثلاث: إن الشهادة مقبولة على الواحدة لأنهما اتفقا على قدر الواحدة لأن في الثلاث واحدة وكذلك الألف[١] درهم وألفان[٢] على هذا.

ألا ترى أن أحد الشاهدين إذا شهد بكفالة والآخر بحوالة قبلت[٣] في قدر الكفالة؛ لأن في الحوالة ضمان الكفالة وزيادة فلم تثبت الزيادة وثبت قدر ما اتفقا عليه معنى ولم يعتبر اختلاف اللفظ، وكذلك إذا اختلفا في هبة الدين وبراءته قبلت لأن المعنى واحد، وكذلك إذا ادعى رجل على رجل ألفي[٤] درهم وشهد الشاهدان بألف قبلت[٥]، ولو كانت الألف غير ما ادعى لم يثبت، فثبت أنه بعض ما ادعى وأن الاتفاق حاصل في البعض فكذلك في الشهادة[٦]، لأن اللغة لا يتبدل حكمها بين الدعوى والشهادة، والاتفاق بين الشاهدين معتبر ليثبت حجة، وكذلك بين الدعوى والشهادة.

ولا يلزم على هذا إذا اختلف الشاهدان فشهد أحدهما بالغصب والآخر على الإقرار بالغصب لم[٧] تقبل، ولو ادعى المدعي الغصب معاينة وشهد

---

[١] في «أ» (ألف).
[٢] «ص» (وكذلك الألف والألفان).
[٣] «ن» (ثبت).
[٤] «ص» (ألف).
[٥] في حاشية «أ» (نثبت).
[٦] «أ» (الشاهده).
[٧] «أ»، «ص» (لا).

الشاهدان بإقرار الغاصب قبل ذلك ، لأن الإقرار قول وهو غير فعل الغصب لا إشكال فيه فلذلك[١] لم تثبت الشهادة[٢] إذا اختلف الشاهدان ، وإنما قبلت[٣] إذا اتفق الشاهدان على الإقرار ، والدعوى كانت[٤] بالغصب لا للموافقة في قدر الدعوى ؛ فإنه لو زعم أنه غصب ولم يقر له[٥] به لم تقبل الشهادة ، وكيف تكون موافقة وقد زاد إقرارا لم تجز به الدعوى نصا ولو زاد فيما نحن فيه نحو أن يدعي المدعي ألفا والشاهدان شهدا بألفين[٦] أو ألف وخمسمائة لم تقبل فكذا[٧] يجب ها هنا في باب الإقرار بالغصب بلا خلاف ، إلا أنا قبلناه إذا صدقه المدّعي أنه أقر[٨] له به ، وأثبتنا التصديق دلالة لأنه ادعى عليه ضمان الغصب .

والإقرار سبب للثبوت ، والأسباب لا تراعى مقصودة لأنفسُها بل لأحكامها فيثبت ضمنا للمقصود ما لم يرد المدعي إفصاحا كما إذا ادعى أنه ملكه فشهد الشاهدان أن ذا اليد أقر له به قبلت البينة لأنه سبب الاستحقاق عليه ، ومقصود المدعي الاستحقاق فصار هذا شيئا آخر لم يتناوله نص دعوى المدعي ولكن ثبت اقتضاء وضرورة فقبلت البينة على موافقة بين المشهود به وبين مقتضى الدعوى لا صريحة ورددنا الشهادة في مثله لأن مقصود الشاهد نقل ما ثبت عنده من العلم إلى القاضي لا غير والذي علم بالغصب معاينة فالإقرار من الغاصب

---

[١] «أ» (فكذلك) ، «ص» (وكذلك) .

[٢] «ص» زيادة (و) وفي «أ» (الشاهدة) .

[٣] «أ» (قبل) ، «ص» (قلنا) .

[٤] «س» ، «أ» ، «ن» (كان) ، والمثبت من «ص» .

[٥] «س» ، «أ» ، «ن» (لي) ، والمثبت من «ص» .

[٦] «ص» (بألف) .

[٧] في «س» ، «ص» زيادة (كان) ، والمثبت من «أ» ، «ن» .

[٨] «ن» ، «ص» (إقرار) .

ليس بسبب لعلمه ليثبت مقتضى بنقله فبقيت العبرة للنص، ولا يلزم إذا شهد شاهدان على رجل أنه طلق امرأته ثلاثا وشهد شاهدان أنه طلقها واحدة، وقضى القاضي بالفرقة والمرأة غير مدخول بها ثم رجعوا جميعا، فإن الضمان على شاهدي الثلاث دون الواحدة، ولو كانت الواحدة بعض الثلاث لاشتركوا في ضمانها[١] وذلك لأن الثلاث غير الواحدة في إيجاب الحرمة لأن الواحدة تقطع الملك ولا تجعلها من المحرمات، والثلاث تجعلها من المحرمات على ما عرف، ومتى صارت المرأة من المحرمات كان انقطاع الملك حكما لفوت المحل كما لو حرمت برضاع أو مصاهرة[٢]، ومتى بطل الملك لفوات المحل لم يمكن قطعه في المحل، كالعبد يموت فيبطل الملك لفوات المحل، ما يتصور معه قطع الملك[٣] مقصودا كما ينقطع بالبيع والهبة، وإذا لم يمكن لم يقض بموجب الواحدة وإن اتفق الفريقان على الواحدة لتغير[٤] حكم الواحدة بانضمام الثنتين إليها ومنع ذلك الحكمُ الحكمَ بالواحدة نفسها[٥].

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: أن الثلاث غير الواحدة وهما مختلفان لفظا ومعنى، وكذلك الكل غير البعض، أما من حيث اللفظ فلا إشكال، وأما المعنى فلأن معنى الكل[٦] ينعدم أصلا في البعض ويفوت، وهما ضدان كالوجود[٧] والعدم والسكون والحركة، وكذلك الثلاث والواحدة لأنهما اسما الأعداد

---

[١] «أ»، «ن»، «ص» (في ضمان ما يلزم).

[٢] في «س»، «أ»، «ن» (بصهر)، والمثبت من «ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٤] «ص» (ليعتبر).

[٥] «ن» (بعينها).

[٦] «ص» (الملك).

[٧] «س» (فالوجود).

فالواحد[١] اسم لعدد[٢] ابتداء وانفرادا، والثلاث اسم لعدد مجتمع يبتنى[٣] على الابتداء فصارا اسمين لمعنيين متضادين ولا اختلاف[٤] أكثر من التضاد وكذلك الواحد والاثنان لأن الاثنين اسم موضوع لعددين، وكذلك الألفان.

ألا ترى أن الألف والنون اللتين هما حرفا تثنية إذا سقطتا لم يكن لهما معنى، فثبت أن الكل بمجموعه كان اسما واحدا وإذا كانا مختلفين لم تقبل الشهادة، كما إذا شهد أحدهما بالغصب والآخر بالإقرار أو أحدهما بالبيع والآخر بالهبة، أو أحدهما بالطلاق والآخر بالأمر باليد ولم يكن من المرأة جواب، كما إذا قال لها: طلقي نفسك فقالت: اخترت أو قالت[٥]: طلقت إن شاء فلان، لأن التعليق غير الإرسال.

ولا يلزم إذا قال لها زوجها: طلقي نفسك ثلاثا فقالت: طلقت نفسي واحدة، لأن الزوج لما فوض الثلاث صح منه ذلك وصارت الثلاث في يدها فصارت أبعاضها في يدها ضرورة كمن ملك عبدا تملك يده وأطرافه ضرورة، وإذا ملكت الواحدة بحكم أنها في الثلاث كاليد في الرقبة ملكت التصرف بما ملكت، فأما إذا فوض إليها الواحدة فلم يملك إيجاب الثلاث من قبلها ابتداء ولا بحكم الجواب، لأنها ليست في الواحدة، وإذا لم يصح إيجاب الثلاث لم تثبت الواحدة ضمنها[٦] إلا على حسب سبيل ثبوت الثلاث وقد ثبتت الثلاث

[١] «أ» (بالواحد).
[٢] في حاشية «س» (أو لاسم العدد).
[٣] في «أ» (تثنين).
[٤] «ص» (الاختلاف).
[٥] «ن» (قال).
[٦] «أ»، «ن»، «ص» (ضمنا).

ابتداء لا تصرفا بحكم الملك فكذا الواحدة في ضمنها، وإذا كان ابتداء كان غير الجواب فيرتد التفويض باشتغالها بكلام آخر فلا يقع شيء إلا بإجازة الزوج.

مثاله: الرجل يقول لامرأته: طلقي نفسك فقالت: اخترت لا يقع شيء لأنها غير التطليقة صورة ومعنى. ولو قال لها: اختاري، فقالت: طَلُقت طَلَقت؛ لأن الزوج لما قال: اختاري، ونوى الطلاق صار الطلاق في ضمنها[١] فيصح الجواب بالطلاق، والمرأة إذا قالت: اخترت ابتداء لم يصح منها فلم يثبت الطلاق في ضمنها[٢] إلا على حسب ثبوت الاختيار ابتداء بلا تفويض فصار ردًّا للتّفويض.

وكذلك الرجل يقول لامرأته: أنت بائن إن دخلت الدار ونوى طلاقها ثم أبانها ثم دخلت الدار وهي في العدة طلقت، لأن الطلاق يثبت[٣] في ضمن الإبانة فوقع الطلاق، لأنَّ العدّة محلّها.

ولو قال ابتداء: أنت بائن في العدة ونوى طلاقا لم يصح، لأن الإبانة لم تصح فيها فلا يصح الضمن بخلاف ما إذا ادعى الرجل ألفين وشهد الشاهدان بألف لأن الألفين دخلت تحت الدعوى فدخلت الواحدة[٤] ضمنا فإن الجملة متى ثبتت ثبتت أجزاؤها، والدعوى بالجملة قد صحت، فأما إذا شهد أحد الشاهدين بألفين والآخر بألف، فالألفان ما تناولهما شهادة لأن الواحد يعد بعض الشهادة وما لبعض العلة حكم العلة بوجه.

---

[١] «ص» (ضمنه).

[٢] «ص» (ضمنه).

[٣] «ن» (ثبت).

[٤] «ص» (الألف).

والشهادة بخلاف الدعوىٰ فإنها تصح دعوىٰ بالمدعي وحده والشهادة لا تصح شهادة بالواحد، وبخلاف ما إذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة، لأنهما اتفقا علىٰ الألف وتفرد الآخر بخمسمائة، لأنه ذكرها عطفا علىٰ الأول والمعطوف غير المعطوف عليه فكانتا كلمتين، والألفان[١] كلمة واحدة، وبخلاف الوكيل بطلاق زينب إذا جمع بينها وبين ضرتها وقال أنتما طالقان فإن زينب تطلق لأنه وكيل بطلاق زينب، وزينب لا تصير شيئا آخر بضم عمرة إليها فإنها تعرف بعينها لا بوصفها، فأما الواحد فاسم لعدد منفرد يعرف[٢] بمعناه لا بالإشارة إلىٰ عين[٣]، فإذا اختلف المعنىٰ من اسم العدد يصير شيئا آخر.

وكذلك إذا أمر غيره أن يضرب عبده[٤] سوطا فضرب سوطين لم يضمن ما تلف بالسوط الأول لأنه مأمور بضرب سوط، والضرب اسم لفعل مؤلم بآلة معلومة وهي السوط، يعرف ذلك بصورته، فبضم سوط آخر إليه لا يصير السوط الأول شيئا آخر لأن بينه وبين السوط الثاني[٥] مجاورة لا أن يصير شيئا آخر كما تصير الثلاث اسما لعدد مجتمع غير الواحد[٦].

وكذلك إذا ضرب[٧] مرتين لأن الضرب اسم لحركة معلومة وبالضرب

[١] «ص» (الألف).

[٢] في «أ» (ويعرف).

[٣] «س» (غير)، «أ» (غيره)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٤] «ن» (أمر عبده بضرب سوط).

[٥] «ص» (الأول).

[٦] «ص» زيادة (وقد كان الواحد اسما لعدد منفرد).

[٧] «ص» زيادة (بسوط واحد).

مرتين ينضم[١] مثل المأمور إليه، لا أن يصيرا شيئا واحدا[٢]، فقياسه من مسألتنا هذه عدد[٣] فيتغير بتغير معناه، وفي مسألة[٤] الضرب وطلاق عمرة فعل محسوس أو غير محسوس[٥] وأنه قائم بعينه وإن ضم إليه غيره.

ولا يلزم إذا طلق الرجل امرأته ألفا، فإن الثلاث تقع لأن الرجل يتكلم بالطلاق عن ملك لا عن أمر[٦] وهو من حيث أنه ملك التطليق، وسمي مالكا له يملك ما شاء من العدد، إلا أنه لا ينفذ إلا بقدر المحل، فإن المحل شرط النفاذ لا شرط الإيجاد[٧]، وكذلك هذا في كل التصرفات المملوكة للإنسان، فأصل الملك ثابت له بصفات المالكية فيه، والنفاذ بشرط المحل، فإذا كان كذلك صح إيجاب الألف في نفسها فثبت ما في ضمنها من الثلاث أيضا، ونفذ بقدر المحل، فأما المرأة في هذا الباب فمملوكة وليست بمالكة، وإنما تملك بقدر التفويض والأمر، فإذا خالفت[٨] الأمر لم يصح إيجاب الثلاث جملة فلا يثبت ما في ضمنها من الواحدة.

ألا ترى أن المذهب عندنا أن الزوج يملك تعليق الطلاق بالنكاح وإن لم يكن له ملك المحل للحال لأن المعلق إنما يحلّ بالمحل بعد الشرط، فلم يحتج

---

[١] «ص» (يتم).

[٢] «ص» (آخر).

[٣] «أ»، «ن»، «ص» (ومثاله من مسألتنا أن يقول: طلقت واحدة وواحدة وواحدة، إلا أن المسمى من مسألتنا هذه عدد).

[٤] «ص» (مسألتنا).

[٥] «ن»، «ص» (أو عين محسوسة).

[٦] «ص» (الإيجاز).

[٧] «ص» زيادة (وقد كان الواحد اسما لعدد منفرد).

[٨] «ن» (خالف).

إليه للحال وملك التلفظ بالطلاق تعليقا بكونه حرّاً مخاطبا وكذلك عندنا يملك بيع مال الغير بغير أمره وإن لم يملك المحل لأنه من أهل البيع في الجملة ولكن لا ينفذ، والمرأة التي فوض إليها طلاقها لو علقت بالشرط بطل أمرها.

|٧٢٤| **مسألةٌ**: إذا قال لامرأته: طلقي نفسك فقالت: اخترت نفسي لم يكن طلاقا عندنا.

وقال زفر رحمه الله تعالىٰ: يكون طلاقا، لأن الاختيارة تطليقة بائنة فصار قولها: اخترت بمنزلة قولها: أبنت، ولو قالت: أبنت كان جوابا ووقعت واحدة رجعية فكذلك إذا قالت اخترت، وهذا لأنها أتت بالجواب وزيادة وهو طلاق[١] بصفة البينونة فتبطل الزيادة ويصح قدر الجواب.

إلا أنا نقول: قولها: اخترت يخالف الطلاق لفظا ومعنىٰ فلا يكون جوابا قياسا علىٰ ما إذا قالت: أمري بيدي علىٰ ما مر في المسألة الأولىٰ وإنما قلنا يخالف الطلاق، أما اللفظ فلا شك فيه.

وأما المعنىٰ: فلأن الطلاق شرع لقطع ملك النكاح إلا بمانع، والاختيارة ما شرعت لقطع هذا الملك لأنه يقال: اخترت في كل فعل يختاره أو عين يختاره ولكن الرجل إذا قال لها: اختاري نفسك ونوىٰ الطلاق صحت منه، لأن الكلام له وأنه يحتمل معنىٰ الطلاق لأنها إذا اختارت نفسها لم يبق عليها للزوج سبيل ولما احتمل معنىٰ الطلاق صحت النية وثبت الطلاق في ضمنها، وإذا ثبت النية[٢] صح الجواب لموافقة الضمن والنص.

[١] «ص» (وهي طالق).

[٢] في هامش «س» (وإذا ثبت الطلاق ضمنا خ).

فأما المرأة فلا ملك لها[١] إلا بقدر التفويض فلا يصح إيجاب تلك الجملة فلا يثبت ما في الضمن كما ذكرنا في الثلاث مع الواحدة بخلاف ما إذا قالت: أبنت، لأن التطليق للإبانة ولكن إذا كان ثمّة خيار الرجعة فيتأخر إلى ما بعد العدة فكان قوله: طلقي، وقوله أبيني نفسك إبانة مؤجلة إلى ما بعد ثلاثة قروء واحدا معنى فصار قولها: أبنت، جوابا معنى، فأمّا الطلاق فلا يوجب اختيارة حالة ولا مؤجلة فيصير الجواب بقولها اخترت شيئا آخر، والله أعلم.

* * *

[١] «ن» (فلا تملك).

مسائل الخيار

|٧٢٥| **مسألةٌ:** إذا قال الرجل لامرأته: اختاري اختاري اختاري، أو قال ثلاث مرات اختاري اختيارة، أو قال ثلاثا اختاري نفسك، فقالت اخترت الأولىٰ أو الوسطىٰ أو الأخيرة طلقت ثلاثا عند أبي حنيفة ﷺ. وعندهما تطلق واحدة.

وكذلك إذا قال لها: أمرك بيدك ينوي ثلاثا ثم قال: أمرك بيدك بألف ينوي ثلاثا فقالت: اخترت بالخيار الأول طلقت ثلاثا بألف عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ تَعَالىٰ، ولغا قولها بالخيار الأول. وعندهما تطلق بغير شيء، والألفاظ كلها مسطورة في الأصل.

وجه قولهما ظاهر: أنه حصل في يدها في الأمر باليد خياران أحدهما بألف والآخر بغير شيء، فإذا قالت بالخيار الأول فقد نصت[١] علىٰ الجواب عن الأول، فيصح الجواب، ولا يلزمها شيء.

وكذلك إذا قالت في مسألة التخيير اخترت الأولىٰ أو الوسطىٰ لأن الزوج نص علىٰ اختيارات ثلاث فيما إذا قال لها: اختاري اختيارة، وكذلك إن لم ينص لأن التخيير يقتضي اختيارة ولما فوض إليها ثلاث اختيارات واحدة بعد الأخرىٰ صارت الأولىٰ كنايةً عن السابقة والوسطىٰ عن المتوسطة، لأن الأولىٰ كناية عن مؤنث سبق[٢] لأنه ذكرها علىٰ سبيل التعريف بالألف واللام فينصرف إلىٰ معهود سبق[٣] يصلح مكنيًا عنه، كما قال الله تعالىٰ: ﴿كَمَآ أَرۡسَلۡنَآ إِلَىٰ فِرۡعَوۡنَ رَسُولٗا ١٥

[١] «ن»، «ص» (نصب).

[٢] «ص» (أمر سابق).

[٣] «ص» زيادة (ذكره).

فَعَصَىٰ فِرْعَوْنُ ٱلرَّسُولَ﴾ [المزمل: ١٥ ـ ١٦]، أي: ذلك الرسول، وعلىٰ هذا حكم اللغة، وأنه أمر ظاهر، فصارت كأنها قالت: اخترت الاختيارة الأولىٰ وقد نصَّت عليه في جواب الأمر باليد فيقع واحدة لأنها ما أجابت عن الكل بل ميزت، بخلاف ما إذا قالت: اخترت اختيارة لأنها ذكرت علىٰ سبيل التنكير فكان[١] غير ما سبق، لأن النكرة متىٰ كررت[٢] علىٰ سبيل التنكير كان الثاني غير الأول، قال الله تعالىٰ: ﴿فَإِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا ۝ إِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا﴾ [الشرح: ٥ ـ ٦]، قال ابن عباس ﷺ: «لن يغلب عُسْر يُسْرين»(٣)، لأن اليسر[٤] كرر علىٰ سبيل التنكير، فكانا غيرين، ولما كانت غير ما سبق صارت عبارة عن اختيارة يقتضيها قولها اخترت، وقولها: اخترت جواب عن الأول.

وكذلك إذا قالت اختيارة وهي مصدر قولها: اخترت، لأن الفعل يتأكد بالمصدر ولا يتغير، وكذلك إذا قالت: اخترت اختيارة واحدة، لأن الواحدة صفة لهذه الاختيارة، وهي جواب عن الكل.

وكذلك قولها: اخترت بواحدة، لأنها ذكرت واحدة منكرة فلا تنصرف إلىٰ ما سبق، والباء في مثل هذا الموضع يدل علىٰ الفصل من كل وجه، كما يقال: قطعت ما بيني وبين فلان بواحدة، وذهب فلان بمالي بواحدة، فأوجبت تأكيد

---

[١] في «أ» (فكانت).

[٢] «أ» (ذكرت).

(٣) لم أقف عليه من قول ابن عباس ﷺ، ورواه «الحاكم» في مستدركه (٢/٥٧٥، برقم: ٣٩٥٠) و«البيهقي» في شعب الإيمان (٩٥٤١) عن الحسن مرسلًا أن النبي ﷺ: «خرج ذات يوم وهو يضحك وهو يقول: لن يغلب عسر يسرين، إن مع العسر يسرًا» وقال الحاكم (٢/٥٧٥): «وقد صحّت الرواية عن عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب: «لن يغلب عسر يسرين».

[٤] «ص» (التيسير).

ما يوجبه اخترت، فأما مع الألف واللام فتنصرف إلىٰ ما سبق من الاختيارات الثلاث، فيميز البعض عن البعض باسمه الخاص، فلا يصير جوابا عن الكل، كما إذا قيل لرجل: بعت منك عبدي[١] بألف درهم، ووهبت لك أمتي[٢] وآجرت منك داري شهرا بعشرة[٣] فقال[٤]: قبلت كان جوابا عن الكل، ولو ميز فقال قبلت البيع، اقتصر الجواب عليه، فكذا هذا.

فثبت أن أبا حنيفة رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ يلغي اسم الأول والخيار الأول، ولا يجوز إلغاء الكلام ما أمكن العمل به وإليه أشار في الكتاب.

وعلل أبو حنيفة ﷺ في مسألة الأمر باليد: أن الخيار الأول لغو، لأن الأمر صار أمرا واحدا، فإذا كان واحدا لغا الأول والثاني، وكذلك باب التخيير فإن الثابت لها خيار واحد وإنما العدد في التطليقات بدليل أنها لو قالت: اخترت اختيارة واحدة طلقت ثلاثا، ولو كان في يدها اختيارات ثلاث كل اختيارة بتطليقة لما طلقت ثلاثا بالواحدة، كما لو قالت: اخترت نفسي بتطليقة، أو قالت: طلقت نفسي بتطليقة، وكذلك لو قال لها: طلقي نفسك ثلاث مرات فقالت: طلقت كان جوابا عن الكل، ولو قالت: طلقت تطليقة واحدة لم تطلق ثلاثا لأن في يدها ثلاث تطليقات، وهذا لأن التخيير وإن اقتضىٰ اختيارة فالاختيارة[٥] مصدر والمصدر لا يثني ولا يجمع ولا يتعدد إلا أن يجرىٰ مجرىٰ الأسماء كالتطليقات فإنها أجريت مجرىٰ أسماء عدد الطلاق.

---

[١] «س» (عبدك)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٢] «ن» (له أمة).

[٣] «ص» (بدرهم).

[٤] «ن» (فقالت).

[٥] «ص» (فالاختيار).

فأبو حنيفة رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى مال إلى المعنى، وهما إلى الظاهر، ولكلٍّ وجهٌ في اللغة.

❁ فإن قيل: ألا صرفت الأولى إلى التطليقة التي هي في ضمن الاختيارة ليصح الكلام.

❁ قلنا: لأنهما صحيحان مع النص على الاختيارة، ولأن للتطليقة[١] حكم الاختيارة عرف ذلك شرعا والأولى كناية فيتصرف[٢] إلى الثابت بلفظه نصا أو اقتضاء، فأما شرعا فلا لأن الألفاظ لا تبتني على إرادات الشريعة، والله أعلم.

[٧٢٦] مسألةٌ: إذا قال لامرأته: اختاري من ثلاث تطليقات ما شئت، لم يكن لها أن تختار الثلاث عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى. وعندهما[٣]: لها ذلك.

وكذلك إذا قال لآخر: أعتق مِن عبيدي من[٤] شئت لم يملك إعتاق الكل عنده. وعندهما يملك؛ لأنه قال ما شئت، وذلك للتعميم على أقصى ما يكون، فاستدل[٥] به على أنه أراد بمن في الصدر تمييز التطليقات عن غيرها مما يستقيم الدخول تحت مشيئتها حتى تبقى المشيئة خاصة[٦] في التطليقات كما أوجبه ما شئت.

ونظيره قوله[٧] لآخر: كل من طعامي ما شئت فيكون من لتمييز ذلك الطعام

[١] «س» «أ» «ن» (التطليقة)، والمثبت من «ص».
[٢] في «أ» (فينصرف).
[٣] «ص» (وعند أبي يوسف ومحمد).
[٤] في «أ» (ما).
[٥] «س»، «أ»، «ن» (استدل)، والمثبت من «ص».
[٦] «أ»، «ن»، «ص» (عامة) وفي حاشية «أ» (خاصة).
[٧] «ص» (قول الرجل).

عن غيره حتىٰ كان له أن يأكله كله ليعمل ما شئت عمله في الإطلاق عمل[١] ما، ومن كما يدخل للتبعيض فكذلك يدخل للتمييز كقولك: باب من حديد وثوب من قطن وفلان من بني تميم، لأن في التمييز تبعيضا لجنس عن جنس، وكذلك إذا قال: أعتق من عبيدي من شئت لأن قوله: من شئت للتعميم، ونظيره قول الرجل[٢]: خالعتك علىٰ ما في يدكِ من دراهم، فإذا في يدها درهمان استحق الثلاث وكان من[٣] لتمييز الدراهم عن غيرها فلم يوجب من تبعيض الدراهم في أنفسها، دل عليه أن قوله: ما شئت تحديد[٤] للإيقاع بأن لا تبقىٰ لها رغبة فيبطل به الحد الثابت بظاهر كلمة من.

وأبو حنيفة رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى يقول: كلمة[٥] من للتبعيض حقيقةٌ بلا إشكال وقد دخلت علىٰ الثلاث فأوجبت التبعيض، ثم ما شئت دخلت علىٰ ما صار مفوضا إليها[٦] من الملك فلا يثبت لها مشيئة في غير ذلك كما لا يثبت لها مشيئة في طلاق غيرها.

وكذلك قوله: أعتق مَن شئت مِن عبيدي. فمن دخلت علىٰ العبيد بخلاف ما إذا قال كُلْ من طعامي ما شئت، لأنا لو بعضنا[٧] الطعام كان له أن يأكل كله إلا لقمة، ويمتنع في العادات الإباحة إلا لقمة فتثبت الإباحة فيها بدلالة الحال

---

[١] «ن»، «ص» (عاما).

[٢] «ص» زيادة (لامرأته).

[٣] «ن» زيادة (دراهم).

[٤] «أ»، «ص» (تجديد).

[٥] «ص» (ولأبي حنيفة: أن كلمة).

[٦] «ص» (بها).

[٧] «ن» (نقصنا).

ولا كذلك أمر الطلاق فإن المرء يطلق ويمتنع عن الثالثة أشد الامتناع، ولأن أكل الطعام في الأصل مبني على الرغبة، وما شئت لتحقيق معنى الرغبة فصار الأكل محدودا بالرغبة في ذلك الطعام. وصارت من صلة، فأما الطلاق فليس يباشر بالرغبة بل بحاجة فما شئت لا تجعل لبيان الحد بالرغبة بل ما شئت لتأكيد الإطلاق بالتفويض الأول فلا يزداد[١] به الإطلاق بخلاف ما إذا قال: خالعتك على ما في يدك من دراهم لأن من دخلت على ما فميزت الدراهم عن غير الدراهم فلم تعمل عملا في الدراهم، وكذلك إذا قال من شاء من عبيدي العتق فأعتقه، فشاءوا كان له أن يعتقهم، لأن «مِن» دخلت على «من شاء» و«من شاء» تناول كل عاقل، فكان قوله: من عبيدي، لتمييزهم عن غيرهم، فأما فيما نحن فيه لم يوجد قبل التطليقات اسم عام فيعمل[٢] من عمله فيه، فإن ما قبله[٣] أمر بالاختيارة وهو أمر بفعل نكرة[٤] أراد به تطليقا كأنه قال طلقي نفسك من ثلاث تطليقات ما شئت، والله أعلم.

|٧٢٧| مسألةٌ: إذا قال لها: أمرك بيدك اليوم وبعد غد، فرددت[٥] اليوم الأمر كان لها الخيار بعد غد.

وقال زفر رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَىٰ: ليس لها ذلك، لأن الأمر واحد لأن الزوج كرر ذكر[٦]

---

[١] «أ» (يزاد).

[٢] «أ»، «ن» (ليعمل).

[٣] «ن» (قيل).

[٤] «ن» (بكره).

[٥] «أ»، «ن» (فردت).

[٦] «ن» (ذلك).

الوقت وما كرر الأمر فبقي الأمر واحدا كما لو قال أمرك بيدك اليوم وغدا.

إلا أنا نقول: هما أمران كأنه قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك بعد غد، فرد أحدهما لا يكون ردا للآخر.

وإنما قلنا هما أمران لأن الخيار ثابت بعد غد متى لم يرد الأول، ولا يجوز أن يثبت بامتداد الخيار الأول إليه لأن بينهما وقتا وهو غد لا خيار فيه لأنه وقت لم يجر له ذكر بوجه ولما انقطع الخيار غدا فالعود بعده لا يكون إلا بأمر جديد إلا أنه لم يذكره[1] استغناء بالعطف، فإن الجملة الناقصة متى عطفت على الجملة التامة كان جواب الجملة التامة جوابا للناقصة، كقولك: جاء زيد وعمرو وهذه طالق وهذه، وإذا كان موجب اللغة هذا صار الجواب متكررا، أو إن سكت عنه فصارا أمرين، فأما إذا قال: أمرك بيدك اليوم وغدا، فالأمر واحد ممدود إلى اليومين جميعا والليلة، لأن ذكر اليومين يتضمن دخول الليلة، فأما اليوم الواحد فلا، ولما كان ثبوت الخيار واحدا ممدودا بقي الأمر واحدا حكما كما كان واحدا صورة ولم يشتغل بإثبات التكرار ضرورة نقصان الجملة بدونه، والله أعلم.

***

[1] «ن» (نذكره).

مسائل الظهار

تُبْتنىٰ علىٰ معرفة:

* ركن الظهار في نفسه.
* وشرطه.
* وحكمه.
* وأهله.

|٧٢٨| **مسألةٌ**: أما الأهل عندنا[١] فلا يصير أهلا بدون الإسلام.

وقال الشافعي(٢) رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: إنه ليس[٣] بشرط وكل من صح طلاقه صح ظهاره لأن الظهار كان طلاق القوم في الجاهلية، ونقل في الشرع إلىٰ تحريم المتعة دون ملك النكاح فبقي معتبرا بالطلاق فيما بقي من التحريم.

إلا أنا نقول: إنه في الإسلام نقل إلىٰ تحريم متعة حلت بالنكاح علىٰ ما ذكرتَ، ولكن حرمة مؤقتة[٤] بالتكفير، فكانت الكفارة غاية هذه الحرمة فلا تنفك وجوه[٥] الحرمة عن غايتها، وإنما يجب اعتبارها بالظهار فيصير من هذا

[١] «ص» (فعندنا).

(٢) انظر: «الحاوي الكبير» (١٠/٤١٤)، «التنبيه في الفقه» (١/١٨٥).

[٣] «ص» (الإسلام).

[٤] «ص» كلمة غير مفهومة (مرفوبة).

[٥] في «أ» (فلا ينفك وجوب).

الوجه الظهار سببا للكفارة، وكذلك الله ﷺ نص فقال: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ [المجادلة: ٣]، فأوجب التكفير بالظهار والعود فصار الظهار بسبب منها، ولأنه يقال: كفارة الظهار كما يقال كفارة القتل واليمين والإفطار فيستدل بالإضافة على السبب، وإذا كان كذلك كان الإسلام شرطا عندنا لا عنده كما في اليمين بالله تعالى وكان بخلاف الطلاق لأنه تصرف في الملك بلا اتصال بالكفارة، والله أعلم.

[٧٢٩] **مسألةٌ:** وأما الركن؛ قال علماؤنا ﷺ الظهار يصح مؤقتا فإذا أراد الجماع في الوقت أمر بتقديم الكفارة، وإذا ذهب الوقت حلَّت بلا كفارة.

وقال الشافعي(١) ﷺ في قول مثل ذلك.

وفي قول: يصح الظهار ويبطل الوقت.

وفي قول: يبطل الظهار لأن الكفارة تجب لإنهاء[٢] الحرمة على ما مر فإذا كان مؤقتا وكانت تحل بمضي ذلك الوقت بلا كفارة كان باطلا وكان كالإيلاء الموقت دون أربعة أشهر فإنه لا يكون إيلاء لأن الإيلاء يمين يمنع الجماع أربعة أشهر إلا بكفارة فإذا كان المنع ينقضي بلا كفارة قبل أربعة أشهر لم يكن إيلاءً ووجه بطلان الشرط أن الظهار بسبب[٣] تحريم ما حل بالنكاح كالطلاق، والطلاق إلى وقت يقع ويبطل الوقت فهذا مثله.

---

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (١٠/٤١٤)، «التنبيه في الفقه» (١/١٨٥).

[٢] «ن» (لإبقاء).

[٣] في «أ» (سبب).

ووجه قول علمائنا: أن الظهار في الشرع لتحريم فعل الجماع وتحريم الأفعال مما يحتمل التوقيت، ألا ترىٰ أنه يوقت بالكفارة وكذلك الشرع لو جاء به لاستقام[١] وكاليمين فإنها تتوقت بالتوقيت لأنها لتحريم[٢] ما فعل إن كان يحرم شرعا أو لا يحرُم، فاليمين معقود لذلك لفظا فقبل التوقيت بخلاف الطلاق لأنه إسقاط ملك النكاح، والشيء إذا سقط[٣] بقي كذلك ساقطا ولا يكون السقوط في نفسه مما يمتد أو يتوقت لأن التوقيت تقدير للثابت، وإنما يتقدر بالوقت الثابت إذا كان مما يحدث في المدة كالمنافع والأفعال، فأما سقوط الملك فمقداره بالمحل الذي يسقط عنه لا بالوقت، فثبت أن الظهار مما يقبل التوقيت، بخلاف الطلاق وكان كالإعارة فإنها تصح مطلقة وتقبل التوقيت لأنها ترد علىٰ المنافع والهبة لا تقبل التوقيت لأنها ترد علىٰ إيجاب ملك العين فيكون مقداره بالعين القائم لا بالأزمنة، ولكن بالتوقيت[٤] لا يبطل الظهار لأنه[٥] لما صح أوجب حكمه في وقته وحكمه حرمة تنتهي بالكفارة فلا تثبت بدون هذا الوصف، فإذا أراد الجماع في الوقت لم يقدر إلا بكفارة فإذا ذهب الوقت ذهب الظهار فحلت كما لو حلف لا يجامعها شهرا.

بخلاف الإيلاء لأن الطلاق في[٦] الإيلاء متعلق بيمين مانعة[٧] أربعة

---

[١] «ص» (الاستفهام).

[٢] «ص» زيادة (ما عقدت عليه من الفعل إن كان تحريم شرعا أو لا تحريم...).

[٣] «ن» (أسقط).

[٤] «ص» (التوقيت).

[٥] في «أ» (ولأنه).

[٦] «ص» (من).

[٧] «ن» (ما بعد).

أشهر عن الجماع لا صفة للحرمة الثابتة باليمين ووفاء[1] له حتىٰ يثبت مع اليمين المحرم بقدره بل عليها[2] يمين مانعة أربعة أشهر فإذا كانت لا تمنع هذا المنع بقي يمينا لا إيلاء وكانت كيمين قبل النكاح فإن الحرمة ثابتة بحق اليمين، والطلاق لا، والكفارة في الظهار ليس تجب بتحريم مؤبد حتىٰ إذا لم تكن مؤبدا لم تجب بل بالظهار المحرم لأنها[3] تجب صفة للحرمة علىٰ ما مر والوصف تبع الموصوف، وقد ذكرنا أن الظهار المؤقت محرم كالمؤبد، كاليمين المؤقت محرم حرمة مثله كالمؤبد سواء ولما أوجب الحرمة أوجب بوصفها وهو التوقيت بالكفارة والله أعلم.

|٧٣٠| مسألةٌ: وإذا قال لها: أنت عليَّ كيد أمي لم يكن ظهارا، وقال الشافعي ﷺ يكون[4]؛ لأن التشبيه[5] إنما يقع بحرمة الاستمتاع واليد مثل الظهر من الأم في حرمة الاستمتاع بها، إلا أنا نقول: اليد أخف حرمة من الظهر لأنها تحل نظرا ومسا بلا شهوة بخلاف الظهر، والنص ورد بالظهر، وأنه باب لا يعرف قياسا فلا يتعدىٰ عما نص عليه إلىٰ غيره، إلا إذا ساوىٰ المنصوص عليه في الحرمة من كل وجه فأما إذا كان دونه حرمة فلا تجوز التعدية إلا بالمقايسة في إلغاء بعض الأوصاف وتعليق[6] الحكم بالبعض، ألا ترىٰ أنه إذا شبهها بأجنبية

---

[1] «س»، «أ»، «ن» (ووقتا)، والمثبت من «ص».

[2] «س»، «أ» (علتها)، والمثبت من «ن»، «ص».

[3] «ن»، «ص» (فإنها).

[4] «ص» زيادة (ظهارا).

[5] «ص» (السببية).

[6] في «أ» (وتعلق).

لم يكن ظهارا[١] وحرمة الاستمتاع ثابتة بالأجنبية لأنها ترتفع بسبب الملك بخلاف الأم فكانت دونها حرمة والله أعلم.

[٧٣١] مسألةٌ: إذا شبهها بمن حرمت برضاع أو مصاهرة كان ظهارا عندنا. وعند[٢] الشافعي: لا لأنها تحل قبل هذا فكانت الحرمة في حق الاستمتاع بها أخف[٣] من الأم.

إلا أنا نقول: هي مثل الأم في كل الحرمات للحال وإنما فارقتها[٤] فيما مضىٰ، والتشبيه تشبيه[٥] للحال فيعتبر الحال لا ما مضىٰ، بخلاف التشبيه بالمطلقة ثلاثا لأن الحرمة مؤقتة فتكون أخف من المؤبدة حال ثبوتها في نفسها، والله أعلم.

[٧٣٢] مسألةٌ: إذا قال لها: أنتِ عليَّ كأمي ونوىٰ الطلاق لم يكن ظهارا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما إلا أن يعنيه.

وقال محمد رحمه الله: يكون؛ لأن التشبيه بعضو منها يكون ظهارا فبالكل أولىٰ. ألا ترىٰ أنه لو قال: كبدن أمي كان ظهارا.

إلا أنا نقول: كأمي يحتمل هذا التشبيه معنىٰ الكرامة ومعنىٰ الحرمة ألا ترىٰ

---

[١] «س» (ظاهرا)، والمثبت من «أ»، «ن».
[٢] في «أ» (وقال).
[٣] «ص» (أضعف).
[٤] «س»، «أ»، «ن» (فارقته)، والمثبت من «ص».
[٥] «ص» (بسببه).

أنه لو قال كأمي كرامة كان بيانا[١] صحيحا، ويقال أكرم فلان أمه بخلاف التشبيه في الظهر أو بالبدن فإنه لا يحتمل معنى الكرامة، ألا ترى أنّه لا يستقيم أن يقال أكرم فلان بدن أمه أو ظهرها، والله أعلم.

[٧٣٣] مسألةٌ: وأما إذا قال: أنت عليَّ حرامٌ كظهر أمي، ونوى الطلاق كان ظهارا عند أبي حنيفة ﷺ.

وقالا[٢]: يكون طلاقا، لأن قوله أنت علي حرام يحتمل الطلاق بلا تشبيه بالأم وكانت نيته[٣] صحيحة فلا يبطل هذا المعنى بهذا التشبيه لأن التشبيه يلائم[٤] معنى الطلاق على ما عليه اللغة فيحمل عليه حتى لا يبطل به التحريم الأول، وإذا حمل عليه لم يثبت حكمه في نفسه ولم يبق ظهارا.

وأبو حنيفة ﷺ يقول: إنّ الكلام إذا ذكر[٥] جملة واحدة لا يؤخذ[٦] حكمه من بعض[٧] دون بعض بل يؤخذ[٨] من الجملة أخذا واحدا، ويجعل كلاما واحدا وإذا جعل كلاما واحدا قلنا اجتمع فيه صريح ظهار ولفظ طلاق بالنية[٩] دون

[١] «ص» (بائنا).
[٢] «ص» (عندهما).
[٣] «ن» (كان بنية).
[٤] «ص» (بالأم).
[٥] «ن» (ذكرت).
[٦] «ن»، «ص» (يوجد).
[٧] «ن»، «ص» (بعضه).
[٨] «ص» (يوجد).
[٩] «ص» (فالنية).

الإطلاق فكان حمل الكناية على الصريح أولى من حمل[١] الصريح على النية[٢] ، وهذا لأن الحرام إنما يصير لفظ طلاق بالنية ، والآخر لفظ ظهار بنفسه فيكون أقوى لا محالة وإنما يبقى له رجحان السبق لا غير وأنه ساقط بما ذكرنا أن الكلام لا يحكم بأوله ما لم يفرغ[٣] عنه وشبهتهما[٤] أن إرادة المتكلم معتبرة على وجه يحتمله كلامه وكلامنا فيما إذا أراد الطلاق وأراد بالظهار مجازه ، والله أعلم.

[١] «س» (كون).

[٢] «ص» زيادة (كما إذا قال أنت عليَّ حرام بتطليقة ونوى الظهار لم يصح).

[٣] «أ» ، «ن» (يفرع).

[٤] «ن» (وتشبيههما).

مسائل الشرط

|٧٣٤| **مسألةٌ:** قال علماؤنا رحمهم الله: الشرط قيام النكاح.

وقال مالك(١) رحمه الله: ظهار الأمة ظهار لأنه لتحريم المتعة لا غير، والمتعة حلال من الأمة كما تكون من الحرة.

إلا أنا نقول: هذه الحرمة بهذا الوصف إنما تثبت بظهار المنكوحة نصا وأنه باب لا يعرف قياسا لما تعلق به من الكفارة فلا يثبت إلا حيث ورد به النص أو كان بمنزلة المنصوص عليه، وحِل الأمة دون حل المنكوحة لأنه يثبت تبعا لملك اليمين وهذا مقصودا، ألا ترىٰ أن ثمرات[٢] الحل لا تثبت للأمة من المطالبة بالجماع وحقوق النساء، ولأنها مشبهة بملك اليمين لثبوته تبعا له، ألا ترىٰ أنه يقبل التمليك من الغير كما يقبله ملك اليمين، فلا يستفاد به ما يستفاد بملك النكاح بل وجب تشبيهه[٣] بالطلاق والإيلاء والتصرفات التي شرط نفاذها مِلك النكاح لأنه من قبيل ما يملك في النكاح أصلا.

|٧٣٥| **مسألةٌ:** إذا قال لها: يدك علَي كظهر أمي، أو عضوًا آخر، لم يصح الظهار عندنا لعدم المحل، وأنه شرط.

---

(١) انظر: «المدونة» (٢/٣٠٩)، «النوادر والزيادات» (٥/٢٩٢)، «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/٦٠٥).

[٢] «س»، «أ»، «ن» (حرمات)، والمثبت من «ص».

[٣] في «أ» (بشبهة).

وقال الشافعي[1] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: كل عضو مستمتع به بعقد النكاح محل للإضافة إليه.

والمسألة أصلها باب الطلاق، فإن محل الظهار والطلاق يستويان.

(١) انظر: «الأم» (٥/٢٩٥)، «مختصر المزني» (٨/٣٠٧)، «الحاوي الكبير» (١٠/٤٢٨).

وأما الحكم، فمسألتان:

[٧٣٦] [مسألةٌ]: قال علماؤنا ﷺ: إنه حرمة المماسة إلىٰ أن يكفر، ومتىٰ أراد مماستها أمر بتقديم الكفارة عليها، وإرادة المماسة هو العود لما قال، فإن أراد مماستها أو مسها بحرام[١] ثم أبانها لم يخاطب بالكفارة حتى يتزوجها، ويريد مساسها[٢]، وفي الجملة يؤمر بالتكفير إذا لم يطلقها، لأنّ الإمساك بالمعروف واجب عليه وذلك في إيفاء حقها في النفقة والجماع، وأنه فائت ما لم يكفر، فيؤمر بالتكفير ليمكنه الإمساك بالمعروف وأنها للحرمة لا مقصودة بنفسها.

وقال الشّافعي ﷺ(٣): حكمه حكم الحرمة والكفارة جميعا متىٰ لم يطلقها وأمسكها في نكاحه، وهو العود، ثم لا يسقط الكفارة، وإن أبانها[٤].

وقال بعضهم: الكفارة تجب بتكرار الظهار.

فحصل الاختلاف[٥] في تفسير العود، وكيف تجب[٦] الكفارة عند العود؟!

عندنا تجب غاية للحرمة وعندهم تجب مقصودة.

وأما[٧] الكلام في تفسير العود، فالذين قالوا بالتكرار[٨] فذهبوا إلىٰ أن

---

[١] «ص» (فحرام).

[٢] «ص» (مماستها).

(٣) انظر: «الأم» (٥/٢٩٦)، «مختصر المزني» (٨/٣٠٧)، «الحاوي الكبير» (١٠/٤٣٩ ـ ٤٤٠).

[٤] «ن» (أثابها).

[٥] «س» (الاختيار)، والمثبت من «أ»، «ن».

[٦] «ص» (وكيفية وجوب).

[٧] «س» (أن)، والمثبت من «أ»، «ص».

[٨] «س» (في التكرار)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

العود هو الرجوع إلى ما قاله، وعاد بمعنى رجع في اللغة. ولأن الكفارة تسمى كفارة الظهار، فلو كان العود غير الظهار يشترط بعده للوجوب لكان الوجوب[١] متعلقا به فكان[٢] تسمى[٣] كفارة العود فلما أضيف إلى الظهار علم أنه سبب وجوبها وأن العود[٤] هو التكرار، وقال الله تعالى: ﴿وَلَوْ رُدُّواْ لَعَادُواْ لِمَا نُهُواْ عَنْهُ﴾ [الأنعام: ٢٨] أي لرجعوا إليه وأعادوه، ويقال: عاد فيه إذا نقضه[٥] وفيه معنى الرجوع إلى نفسه، ويقال: رجع فيه أيضا.

وأمّا الشافعي رحمه الله، فإنه يحتج بما روي أن رجلا ظاهر من امرأته وسأل عنه[٦] رسول الله ﷺ: «فأمره بالتكفير»(٧)، وليس في السؤال أنه كرر، ولا أنه أراد جماعها، فثبت أنها تجب بنفس الظهار إذا ظهر الإمساك بعد[٨] التطليق.

ولأن العود[٩] لما صنع بمعنى نقض ما فعل عاد له وفيه بمعنى واحد ﴿وَلَوْ رُدُّواْ لَعَادُواْ لِمَا نُهُواْ عَنْهُ﴾، أي نقضوا ما يلزمهم بالنهي[١٠]، أو يقال: لو ردوا لصاروا إلى ما نهوا عنه لا أنهم[١١] يعيدون ما كانوا فعلوا من قبل، فإن الخبر عام

---

[١] «ص» زيادة (بعده).

[٢] «س»، «أ»، «ن» (فكان)، والمثبت من «ص».

[٣] «ن» (سمِّي).

[٤] «أ» (العدد).

[٥] «ن» (بعضه).

[٦] «ص» (عن ذلك).

(٧) رواه أبو داود (٢٢٢٢)، والترمذي (١٢٣٨)، والنسائي (٣٤٥٧)، وابن ماجه (٢٠٦٥) من طريق معمر بن راشد، عن الحكم بن أبان، وقال الترمذي: «حديث حسن صحيح غريب».

[٨] «ص» (لعدم).

[٩] في «أ» (العدد).

[١٠] «ص» (باليمين).

[١١] «ص» (لأنهم).

يتناول ما فعله الكافر أول مرة[١] معه وما لم يفعل من الحرام، فكذا ها هنا معناه: ثم[٢] يصيرون إلىٰ ما لزمهم بالنكاح أو ينقضون بالظهار قَصد منافاة النكاح فإنه لا نكاح يتصور مع ظهر الأم فيكون العود له بأن لا يطلقها ويمسكها.

وأما علماؤنا فإنه يحتج لهم: بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ [المجادلة: ٣]: يعزمون علىٰ الجماع.

ولأن المراد عود[٣] بمناقضة ما قال والذي لزمه من الحكم بالظهار حرمة الجماع لا حرمة النكاح فيكون العود[٤] مناقضا لحكمه أن يريد[٥] جماعها لا أن يريد[٦] إمساكها، وقال النبي ﷺ للمظاهر الذي جامعها قبل الكفارة: «استغفر الله ولا تعد حتىٰ تكفر»(٧)، أَمره[٨] بالتكفير من غير تكرر الظهار وفَسَّر العود بالجماع بقوله[٩]: لا تعد، نهىٰ عن ما سبق من الجماع، والخبر الذي رواه الخصم ليس بحجة علينا، لأنه لم يأمر بالتكفير إذا لم يطلقها لكن لما يلزمه عند ذلك جماعها ولا يحل إلا بعد كفارة[١٠].

والفقه يدل عليه، وهو: أنا أجمعنا أن الكفارة مضافة إلىٰ الظهار علىٰ ما

---

[١] «ص» (أو أمره).

[٢] «ص» (فلم).

[٣] «أ» (عدد).

[٤] «أ» (العدد).

[٥] «ن» (يرتد).

[٦] «ن» (يرتد).

(٧) سبق تخريجه قريبا.

[٨] في «س»، «أ»، «ن» (أمر)، والمثبت من «ص».

[٩] «ن» (فقوله).

[١٠] «ص» (بتقدم الكفارة).

سبق القول فيه والواجب بالظهار نفسه حرمة المماسة بلا خلاف، وأنها تزول بالتكفير بالنص، لأن الله تعالىٰ أوجب التكفير قبل المماسة ولا حرمة بعد التكفير، والتكفير ليس بسبب لحل جديد، فالحل بالملك ولا يتجدد ملك بالتكفير فثبت أنه نهاية لحرمة الظهار، فإذا انتهت حلت بالسبب القائم كما إذا لزمتها عدة عن الغير[١] حرمت إلىٰ أن تنقضي ولذلك[٢] قال النبي ﷺ للذي ظاهر: «**استغفر الله ولا تعد حتىٰ تكفر**»(٣)، ولما صارت غاية لحرمة الظهار وكونها مشروعة غاية بالظهار[٤] أضيف إليه لأنها صارت مشروعة هكذا بالظهار لا بسبب آخر كالتطليقات الثلاث توجب حرمة إلىٰ أن تنكح زوجا آخر، فالحرمة بهذا الوقت[٥] حكم الثلاث ولم يؤمر بها إلا إذا أراد استحلال ما حرم لئلا يصير مرتكبا حراما، فأما النكاح، فما حرم ولا الإمساك والبقاء عليه فإنه بالإجماع يبقىٰ علىٰ النكاح بلا كفارة.

❁ **فإن قيل:** عندنا الكفارة تجب بسبب الظهار إذا عاد أي أمسك فكان ذلك شرطا تجب عنده كاليمين وتجب بها الكفارة إذا حنث ليكون تمحيصا لما ارتكب من التشبيه بالأم وهو إرادته[٦] خلاف ذلك وهي مع ذلك غاية للحرمة لا أنها تجب لإعادة الحل لا غير.

❁ **قلنا:** وهي عندنا لا تجب إلا لإعادة الحل وميقاتا للحرمة فيصرف

---

[١] «ص» (عن غير الزوج).

[٢] «أ»، «ص» (كذلك).

(٣) سبق تخريجه قريبا.

[٤] في «أ» (غاية لحرمة الظهار).

[٥] «أ» (الوصف).

[٦] «ن» (أراد به).

الكلام إليه، أما الشافعي رحمه الله فيحتج بظاهر قوله تعالى: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾ [النساء: ٩٢]، فإنه إيجابٌ مقصود كما قال في اليمين ﴿أَوۡ تَحۡرِيرُ رَقَبَةٖۖ﴾ [المائدة: ٨٩]، وفي قتل الخطأ: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾ [النساء: ٩٢] ويقول[١] بأن الكفارة متى وجبت مضافة إلى سبب وجبت مقصودة لتمحيص الذنب الذي في السبب ككفارة اليمين بعد الحنث وكفارة القتل ونحوها، والذنب[٢] في الظهار فإنه منكر مِن القول وزور وتحققه بأن يمسكها ولا يطلقها فلذلك تعلقت بشرط العود[٣] كاليمين بالله لا توجب الكفارة إلا عند الحنث وإن نهينا عن الحلف بالله جزافا لأن تحقق الحرمة عند الحنث حتى تصير يمينا كاذبة ثم الشرع علق بها[٤] انتهاء الحرمة فيكون حكما زائدا تبعا لكونها[٥] كفارة ممحِّصة ولهذا سميت كفارة، وهي السّتّارة على ما عرف.

ولنا: قول النبي ﷺ للمظاهر: «استغفر الله ولا تعد حتى تكفر»(٦) ألزمه النبي الحرمة إلى أن يكفر لا الكفارة ولو وجبت الكفارة لا محالة لما حل له أن يأمره بها لأن السائل كان جاهلا بالحكم وتأخير البيان من وقت الحاجة لا يحل.

وأما الفقه: فلأن الكفارة لو وجبت تمحيصا لإثم الظهار لوجبت بنفس الظهار قبل العود، ولأنه حرام ومنكر وزور من القول كما قال في اليمين

---

[١] «ص» (نقول).

[٢] «ص» (والإثم موجود في الظهار).

[٣] «ن» (القود).

[٤] «ص» (إليها).

[٥] «ص» (يكون بها).

(٦) سبق تخريجه.

الغموس: إنها تجب بنفس اليمين فلما لم تجب بالإجماع به ووجبت الحرمة علم أن الظهار جعل محرِّما للمماسة[١] لا غير، لكن إلىٰ غاية التكفير، ولما عرف من مذهبنا أن ما يتمحض محظورا[٢] لا يكون موجبا للكفارة، والظهار كذب محض فلم يجز أن تلزمه الكفارة به[٣] وإنما[٤] شرعت غاية للحرمة مقصودة لئلا تكون واجبة بسبب تمحّض حراما بل غاية فعلمنا أن كونها غاية للحرمة مقصودةٌ ليكون زاجرا له عن الظهار لما لم يجد عنه المخلص إلا بغرامة ويكون الخطاب بأدائها مقرونا بإرادة الإمساك بالمعروف من الجماع المأمور به في الشرع.

كالطهارة في باب الصلاة لا تجب بالحدث بل الحدث يحرم فعل الصلاة إلىٰ أن يتطهر ثم الطهارة لا يؤمر بها إلا إذا أراد فعل ما حرم عليه فتصير كفارة الظهار مِن حيث يؤمر بإقامتها مضافة إلىٰ العود، ومِن حيث شرعت غاية للحرمة مضافة إلىٰ الظهار، ومن حيث هي غاية ليست بواجبة والله أعلم.

بخلاف اليمين بالله فإن حكمه[٥] وجوب البر حقا لله ثم الكفارة خلفا عن البر إذا فات بالحنث علىٰ ما بينَّا في كتاب الأيمان، والبر وجب مقصودا باليمين كالحرمة ها هنا، فكذلك خلَفُه الذي يقوم مقامه، وها هنا الكفارة ليست بخلف عن الحرمة ولكنها غاية للحرمة إلا أن الله تعالىٰ ذكر الظهار بلا عود أول مرة، وذكر أنه مُنكر من القول وزور ليعلم أنه إثم ولا شيء عليه إلا التوبة والاستغفار ثم ذكر الظهار مع العود وأوجب الكفارة قبل المسيس، ليدل بقوله قبل المسيس

---

[١] «س» (للماسة)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».
[٢] «ن» (محظور).
[٣] «ص» (منه).
[٤] «س»، «أ»، «ص» (وأنها)، والمثبت من «ن».
[٥] «ن» (حكمة).

أن المراد بالعود عزيمة المسيس وأن الكفارة غاية لحرمة المسيس فلا بد من تحصيل غاية الحرمة ليحل له المسيس ليكون لكل كلمة ذكرها أو تركها فائدة وحكمة، والله أعلم.

[٧٣٧] **مسألةٌ:** وإذا ظاهر مِن أربع نسوة يلزمه أربع كفارات، وهو مذهب عمر؛ رواه محمد بن الحسن في الأصل.

وقال مالك[١] ﷺ: يلزمه كفارة واحدة؛ لأن الكفارة تلزمه لكذبه وأنه واحد، ألا ترىٰ أنه لو حلف لا يجامعهن لا يلزمه به إلا كفارة واحدة، لأن اليمين واحدة.

إلا أنا نقول: الكفارة لا تجب مقصودة بالظهار علىٰ ما مر، بل غاية للحرمة الثابتة به، والحرمات أربع فيجب أربع غايات، بخلاف اليمين؛ فإن الكفارة تجب باليمين إذا حنث فيها واليمين واحدة، والله أعلم.

[٧٣٨] **مسألةٌ:** الظهار يحرم دواعي الجماع.

وقال الشافعي[٢] ﷺ: لا يحرم، لأن التحريم عرف بقوله: ﴿مِّن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾ [المجادلة: ٣] والتماس في القرآن الكناية عن[٣] الجماع.

إلا أنا نقول: والتماس حقيقته للمس باليد فهو علىٰ الحقيقة حتىٰ تقوم الدلالة علىٰ المجاز، ولأن التحريم ثبت بموجب التشبيه بالأم والأم حرام

(١) انظر: «المدونة» (٢/٣١١)، «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/٦٠٨).

(٢) انظر: «روضة الطالبين» (٨/٢٦٩)، «منهاج الطالبين» (ص: ٢٤٦).

[٣] «س» (من)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

استمتاعا بها[١] مسا وجماعا، فكذلك ما يثبت به يثبت على العموم أيضا حتى يقوم دليل الخصوص، والله أعلم.

[٧٣٩] مسألةٌ: المظاهر إذا ارتد ثم[٢] أسلم بقي الظهار على حاله عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال صاحباه[٣]: يبطل الظهار لأنه سبب الكفارة على ما مر فلا يصحّ مع الكفر ولا يبقى صحيحا معه[٤] إذا طرأ عليه كاليمين وسائر[٥] العبادات.

إلا أنه يقول: الظهار سبب الحرمة قصدا والكفارة تجب غاية للحرمة فلم يكن بد من اعتبارها[٦] ثبوتا عند الظهار لأنه سبب محرم، والحرمة لا تثبت إلا بهذا الوصف.

وكذلك عند الأداء لا بد أن يكون مسلما لأن الكفارة لا تتأدى من الكافر فأما البقاء بعد الظهار فلا عبرة للكفارة فيه، وإنما الثابت للحال حرمة لا غير والكافر من أهله[٧]، وهذا كالإجارة المؤقتة، فالوقت مراعى عند الإجارة فإنها تمتد إليه[٨]، وكذلك عند الانقضاء، لأن الإجارة تنتهي إليه، فأما بين الطرفين

---

[١] «س»، «أ» (استمتاعها)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٢] «ن» (و).

[٣] «ص» (أبو يوسف ومحمد).

[٤] «ص» (مع الكفر).

[٥] «ص» زيادة (أسباب).

[٦] «ن» (اعتباره).

[٧] «ص» (أهلها).

[٨] «ن» (عند العقد فإنه يُبدأ به)، وفي «ص» (عند العقد فإن الملك للمنفعة يثبت ممتدا إليه).

فلا عبرة للوقت، والثابت بالعقد مِلك المنفعة على الإطلاق فيعتبر لصحته[١] قيام المنفعة لا الميقات.

وكذلك في اليمين المطلق بالطلاق والعتاق يعتبر الملك حال العقد وحال الحنث ولا يعتبر بين ذلك لأن الملك شرط الطلاق، وأنه يثبت عند الحنث مرسلا وعند اليمين معلقا فلم يكن بد من اعتبار الملك في الجملة، فأما فيما بين ذلك فيمين محضة مانعة من الحنث ما فيه طلاق بوجه فلم يعتبر شرط الطلاق للنفاد[٢]، ومثاله: التيمم لا يصح من الكافر ويبقى مع الكفر لأنه لا يقع إلا على وجه العبادة لأن نية الإخلاص لله تعالى شرط، ولكن إذا وقع بقي طهارة صلاة لا حكم له غير هذا، فطهارة الصلاة مما يصح لا عبادة كالوضوء فبقي مع الكفر، بخلاف اليمين بالله تعالى لأنها توجب البر حقا لله وتعظيما للاسم، ثم الكفارة خلفا عنه إذا فات فلا تجب مع الكفر فلا يبقى معه[٣] البِر تعظيما لله تعالى، وإذا بطل في حق البر بطل في حق الكفارة لأنها خلف البر والله أعلم.

|٧٤٠| مسألةٌ: الظهار لا ينقلب إيلاء.

وقال مالك(٤) رحمه الله: ينقلب إذا مضت أربعة أشهر لأنه محرِّم للجماع كالإيلاء بل أشد فمِن حيث أنه محرم كان إيلاء.

إلا أنا نقول: كل حادثة منصوصٌ عليها فلا يزاد على حكم النص بالقياس

[١] «ص» (لصحة).

[٢] «ن»، «ص» (للبقاء).

[٣] «ص» (مع الكفر).

(٤) انظر: «المدونة» (٢/٣١٧).

علىٰ أصولنا علىٰ أنه إن احتمل القياس فلا شبه[١] بينهما معنىٰ لأن الإيلاء تضمن الطلاق لما فيه من المنع باليمين والمنع بما دونه[٢] ليس كالمنع به[٣]، ولأنَّ اليمين يمنع جماعا حلالا أمر الشرع بالمواقعة[٤] ثم بالكفارة، والظهار يحرم الجماع ولا يحل إلا بكفارة فكانا مختلفين بالنص فلا يثبت أحدهما بالآخر دلالة وكيف يثبت وهذا بالمضي علىٰ الحرمة قبل الكفارة مؤتمِر بأمر الشرع لأن النبي ﷺ قال للمظاهر: «لاتعد حتىٰ تكفر»(٥) وهناك قال النبي ﷺ: «**من حلف علىٰ يمين فرأىٰ غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه**»(٦).

ولأنهما كانا طلاقين في الجاهلية فنقل الظهار إلىٰ تحريم معجل[٧] لكن للمتعة دون أصل الملك، والإيلاء إلىٰ طلاق مؤجل، فلما جعل[٨] حكم هذا اللفظ تحريما للمتعة لم يوجب طلاقا، والطلاق لا يقع بغير لفظ ليجعل الحرمة الثابتة به طلاقا بعد المدة ولأن جعل اللفظ في نفسه طلاقا بعد مدة ما كان ينبغي أن يتعجل الحرمة فثبت أنه لا وجه لما قاله، والله أعلم.

***

[١] «أ»، «ص» (شبهة).

[٢] «ص» (دونها).

[٣] «ص» (بها).

[٤] «س»، «ن» (الموافقة)، والمثبت من «أ».

(٥) سبق تخريجه.

(٦) رواه مسلم (١٦٥٠).

[٧] «س» (مؤجل)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٨] «ص» (عُجِّل).

مسائل الإيلاء

نَحتاج إلى أن نعرف:

❊ أهلَ الإيلاء.

❊ وشرطه.

❊ وركنه.

❊ وحكمه.

أما الأهل[١]

|٧٤١| **مسألةٌ**: قال أبو حنيفة ﵀: الكافر من أهل الإيلاء بيمينه بالله.

وقال صاحباه: ليس بأهل، لأنه ليس بأهل للظهار فكذلك للإيلاء بيمينه بالله قياسا على إيلاء الذي لا امرأة له، وهذا لأن كل واحد منهما سبب كفارة، والكافر ليس من أهلها عندنا، بل اليمين أولى لأن الكفارة تجب به مقصودة وتجب بالظهار غاية للحرمة على ما مر، ولأن يمين الكافر لا توجب كفارة عند الحنث فلا يكون إيلاء قياسا على يمين الصبي، فإن الصبي المأذون في التجارة يستحلف في الخصومات[٢] ويمينه صحيحة ذكره في كتاب الإقرار في باب الإقرار باليمين، ويمينه لا تكون إيلاء لأنه يمكنه جماعها بلا شيء يلزمه.

[١] الترجمة ليست في «س»، «أ».

[٢] «ص» (الحكومات).

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الكافر من أهل الطلاق فيكون من أهل الإيلاء[١] باليمين بالله قياسا على المسلم، وعكسه الصبي. وهذا لأن الإيلاء يمين لكنها[٢] مضافة إلى النساء جعلت طلاقا ببره شرعا، والكافر أهل لليمين بالله المبرورة شرعا لأنه يستحلف بها في الخصومات والدعاوى، ومن حيث جُعل طلاقا هو أهل أيضا، فكان يمينه بالله إيلاء كما يكون للمسلم بخلاف الظهار لأن حكمه الأصلي حرمة إلى كفارة ولم يمكن إثبات الحرمة بلا كفارة، والكافر ليس بأهل للكفارة بخلاف اليمين بالله لأنها توجب البر بلا كفارة، ولا هي سبب لها ما بقي البر والطلاق في بره، والكافر أهل اليمين البارة على ما ذكرنا بخلاف الصبي؛ لأنه ليس بأهل للطلاق، فكان كالكافر في حق الكفارة بعد الحنث، وكذلك قبل النكاح لا طلاق في ملكه، وأما قوله: لا يلزمه شيء بالحنث فإن اللزوم بالحنث يعتبر في غير اليمين بالله لأنها تصير[٣] مانعة بما يلزمه بالحنث، فأما اليمين بالله، فمانعة لوجوب البر حقا لله لا بما يلزمه بالحنث.

دل عليه: قول الله تعالى ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [البقرة: ٢٢٦] بلا تخصيص، وقوله: ﴿فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦] خصوص بآخر الآية فلا يوجب خصوص الصدر.

وأما الشرط، فقيام النكاح.

[١] «س» (الإيمان)، والمثبت من «أ»، «ن».

[٢] «ص» (لكونها).

[٣] «أ» (تعتبر).

فَصْلٌ

وأما الركن، فيمين مانعة عن جماع المنكوحة مدة أربعة أشهر، إما لتعظيم اسم الله أو[١] فرارا عما يلزمه بالحنث فيما دون الله.

وقد اختلفوا في التخريج في مسائل، منها:

|٧٤٢| مسألةٌ[٢]: إذا قال: إن قربتكِ فأنت عليَّ حرام ونوى يمينا كان موليا عند أبي حنيفة ﷺ، وعندهما[٣] لا يكون موليا، لأن قوله: أنتِ علي حرام إذا نوى به اليمين كان بمنزلة قوله: والله لا أقربك. ولو قال: إن قربتك فوالله لا أقربك لم يكن موليا[٤] حتى[٥] يقربها، فكذا هذا، ألا ترى لو أرسل فقال: أنتِ علَيَّ حرام ونوى يمينا صار موليا، فإذا علقه بالشرط لم يكن موليا حتى يوجد شرطُه.

ولأبي حنيفة: أن قوله: أنت علي حرام التزام حرمة لفظا كقوله: أنت علي كظهر أمي وكما إذا نوى به طلاقا ويمينا معًا[٦] كقوله[٧]: والله لا أقربك، فإذا أرسله كان إيلاء بالمعنى وإذا علقه بالقربان كان إيلاء باللفظ[٨]، وكان كما إذا

[١] «أ» (إما).

[٢] الترجمة ليست في «س»، «أ»، «ن».

[٣] «ص» (عند أبي يوسف ومحمد).

[٤] «أ» (مواليا)، في «أ» (موليا).

[٥] «ن» (على).

[٦] «س»، «أ»، «ن» (ويمين معنى)، والمثبت من «ص».

[٧] «أ» (قوله).

[٨] «ص» (للفظ).

قال: إن قربتك فعلي يمين، والله أعلم.

[٧٤٣] **مسألةٌ**: وإذا قال: إن قربتك فكل مملوك أملكه فهو حر كان إيلاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وقال[١] أبو يوسف رحمه الله: لا يكون إيلاء، لأن له أن لا يملك مملوكا فلا يلزمه شيء بالقربان؛ ولأنه علق بالقِربان يمينا تامة لأن قوله: كل مملوك أملكه يمين تامة لأنه عتاق معلق بشرط فلا يصير موليا كما إذا قال: إن قربتك فوالله لا أقربك، أو قال: إن قربتك فكل مملوك أشتريه فهو حر.

إلا أنا نقول: كل مملوك أملكه فهو حر، وإن كانت يمينا تامة فهو بمعنى التزام عتاق مؤجل فيكون إيلاء كما إذا قال: إن قربتك فعبدي حر بعد ذلك إلى شهر، وإنما قلنا في معنى التزام عتق مؤجل لأنه من حيث الصيغة إضافة عتق إلى عبد يملكه لا تعليق بشرط صريحا كما في المضاف إلى شهر لا تعليق صيغة وإن كان العتق يتأخر بالإضافة ومن حيث الحكم يلزمه ذلك العتق إذا قربها بلا اختيار منه، لأنه قد يملك[٢] عبدا فيعتق بلا صنع منه، كما إذا علق بالقربان عتق عبد إلى شهر بخلاف قوله: إن قربتك فكل مملوك أشتريه فهو حر لأنه لا لزوم فيه حتى يشتري وإن شاء لم يشتر فلم يتعلق بالقربان التزام، فأبو يوسف اعتبر الصورة وهما اعتبرا المعنى، والله أعلم.

---

[١] «ص» (وعند).

[٢] «ن»، «ص» (يرث).

|٧٤٤| مسألةٌ: إذا قال: إن قربتك فعلي صلاة كان إيلاء، وهو قول أبي يوسف الأول، وهو قول محمد ثم رجع وقال: لا يكون إيلاء: وهو رواية الطحاوي عن أبي حنيفة.

أما محمد[١] فإنه يقول: عَلَّق بالقربان عبادة تلزمه، فصار كما لو قال: إن قربتك فعليَّ صوم.

إلا أنا نقول: هذا[٢] لا يُتعارف يمينا؛ فإنه لا يقال: حلف بالصلاة كما يقال حلف بالحج والصيام[٣].

وهذا لأن الصلاة مما يتيسر فعلها عادة، ولهذا أوجبها الله تعالىٰ مكررة فلا يقع الفرار عنها عادة، واليمين بغير الله تعالىٰ إنما سميت يمينا فرارا عما يلزمهم بالحنث فإذا كان الفرار لا يقع عن الصلاة لم يكن يمينا عرفا وركن الإيلاء يمين بالله مانعة، فإذا لم يكن يمينا لم يكن المنع بغيره مثل المنع به، لأنه نهاية ما يؤكد به القصد، والله أعلم.

|٧٤٥| مسألةٌ: إذا آلىٰ من أربع نسوة بِنَّ جميعا إذا مضت أربعة أشهر.

وقال زفر ﵀: لا يبنَّ ولا يكون إيلاء حتىٰ يجامع ثلاثا فيثبت الإيلاء في حق الباقية، لأنه يمكنه جماع الثلاث بلا حنث فلا يثبت المنع، لأن المنع بحكم الفرار عن الحنث، ألا ترىٰ أن إحداهن لو كانت أمة مملوكة أو امرأة أجنبية لم

[١] «ص» (لمحمد أنه علق).

[٢] «ص» (ولهما أن هذا).

[٣] «ص» (حلف بالصلاة والحج وهذا).

يثبت الإيلاء وكذلك لو ماتت إحداهن سقط الإيلاء لهذا المعنى.

إلا أنا نقول: الإيلاء يمين مانعة عن الجماع الذي هو حقها في مدة أربعة أشهر، وهذا[١] اليمين منع[٢] جماعهن جميعا لكن على سبيل العموم. ألا ترى أنك إذا قلت لرجل: لا تضرب عبيدي كان نهيا عن ضرب كل واحد منهم، وإذا وجد[٣] اليمين المانعة بهذا الوصف كان طلاقا[٤] بخلاف ما إذا كانت إحداهن أمة، لأن الأمة ما لها حق في الجماع فلم يكن منعها جماعها إيلاء، والحرة ممنوعة معها بلفظ لا تمييز بينهما ولا يمكن إفراد أحدهما عن الأخرى، فإذا لم يكن في حقِّ الأمة إيلاء ولا يمكن الإفراد في حق الحرة لم يكن أيضا إيلاء في حقها إلا أن يجامع الأمة فيصير إيلاء، لأن المنع سقط في حقها وامتازت الحرة عنها، فأما في مسألتنا هذه فالمنع عن الكل ثابت جملة والكل محل للإيلاء، فكان إيلاء كما إذا قال: أنتنَّ طوالق أو أنتن علي كظهر أمي.

فأما قوله: لا يلزمه شيء بالحنث فلا عبرة، لأن الإيلاء حكمه طلاق متعلق ببره لا بحنثه، والبر في المنع وأنه عام كما لو نهيت غيرك عن القربان بمثل هذا اللفظ، فكذلك إذا نهيت نفسك، فأما الحنث فيلزمه بتفويت كل البر فلذلك[٥] لم تلزمه الكفارة بفوات البعض وإن فات على مخالفة اليمين، وهذه المسألة حجة أبي حنيفة في إيلاء الذمي[٦] بخلاف ما إذا ماتت واحدة لأن اليمين تبطل لفوات

[١] «أ» (وهو)، و«ص» (هذه).

[٢] «ص» (منعت).

[٣] «ص» (وجدت).

[٤] «ن» (إيلاء).

[٥] «ص» (فكذلك).

[٦] «س» (الذي).

شرط الحنث، والله أعلم.

|٧٤٦| مسألةٌ: إذا آلى ثلاث مرات في مجلس واحد من[١] امرأة واحدة يريد التغليظ والتشديد كان إيلاء واحدا، وإذا جامع تلزمه ثلاث كفارات، استحسانا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال[٢] محمد رحمه الله: هي ثلاث إيلاءات ويلزمه ثلاث تطليقات إذا مضت المدة بلا حنث لأنها أيمان ثلاثة بدلالة أن عليه كفارات ثلاثا إذا حنث وقد انعقدت في أوقات ثلاثة كل يمين في وقتها الذي حلف فصارت مدد[٣] المنع مختلفة فتكون ثلاث مدد فيجب بكل[٤] مدة طلاق كما إذا عُقدت الأيمان في مجالس مختلفة.

ووجه الاستحسان: أن مدد الأيمان واحدة فيكون الإيلاء واحدا كما إذا[٥] قال: إذا[٦] جاء غد فوالله لا أقربك ثلاث مرات فجاء[٧] غد فإن الأيمان تكون ثلاثا والإيلاء واحدا إذا حنث يلزمه ثلاث كفارات وإذا بر فيها يلزمه طلاق واحد فكذا هذا، لأن الطلاق في المنع، وعلل المنع وإن كثرت فالممنوع وهو الجماع واحد إذا كانت المدة واحدة لا يظهر بزيادة[٨] اليمين زيادة منع في حق المرأة، وإنما قلنا إن المدة واحدة لأن المجلس جامع للخطاب المتكرر فيه من جنس

[١] «ص» (على).
[٢] «ص» (وعند).
[٣] «س» (مدة)، وفي «ص» (مع المدة مختلفة) والمثبت من «أ»، «ن».
[٤] في «أ» (لكل).
[٥] «ص» (لو).
[٦] «أ»، «ص» (إن).
[٧] «أ» (في).
[٨] في «أ» (لزيادة).

واحد كما يجمع الخطاب والجواب في عقود التمليك[١] ، وكذلك القبض الذي يُحتاج إليه في الصرف والسلم ، وكذلك إذا أقر لرجل بألف درهم ثم أقر ثم أقر كان إقرارا واحدا إذا كان المجلس واحدا بلا خلاف ، وكذلك إذا قرأ[٢] آية السجدة مرارا في مجلس واحد كان كقراءات مختلفة في ساعة واحدة مِن أناس شتىٰ ، وإذا كان[٣] المجلس جامعا صار في حكم[٤] ما لو اجتمعت متعلقة بشرط واحد.

❁ فإن قيل: وهو الشبهة: إن المجلس إنما يجمع الخطاب المتكرر الذي لا يصح بعضه بدون بعض فجعل جامعا ليصح ولا يلغو فأما ما يصح بنفسه من غير جمع فلا.

❁ قلنا: نعم لضرب حاجةٍ ما يجمع[٥] وكما[٦] يحتاج الخطاب إلىٰ الجواب كذلك يحتاج المتكلم إلىٰ تأكيد ما رام[٧] إثباته ؛ بالإيجاب مرة[٨] بعد أخرىٰ ، والتأكيد صفة راجعة إلىٰ ما كان ثابتا ولن يثبت ذلك إلا بعد الجمع ليصير الثاني موجبا عين[٩] ما أوجبه الأول ليتأكد[١٠] به ، وهذا كما جمعت قراءة السجدة مرة بعد أخرىٰ لنفي الحرج عن الناس ، وإن كان كل تلاوة صحيحة في نفسها ، والله أعلم.

---

[١] «ص» (التمليكات).

[٢] «ص» (أقرأ).

[٣] «ن» ، «ص» ، «أ» (صار).

[٤] «ن» زيادة (إيلاء واحد كما لو).

[٥] «ص» (بضرب حاجة بما يجمع).

[٦] «ص» (وما).

[٧] «ص» (دام).

[٨] «ص» زيادة (واحدة).

[٩] «ص» (غير).

[١٠] «ص» (فيتأكد).

فَصْــلٌ[١]

وإنما يكون الإيلاء إيلاء عند عامة العلماء إذا منعت اليمين أربعة أشهر فصاعدا.

وقال بعض الناس: قلّت المدة أم كثرت، فالإيلاء إيلاء.

واحتج بما روي أن النبي ﷺ آلى من نسائه شهرا(٢)، ولأن الله تعالى لم يوقت الإيلاء بمدة وإنما ضرب المدة للمخلص.

وعامّة العلماء احتجوا بالآية، فإنه قال: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [البقرة: ٢٢٦] فإنما علق بالإيلاء المطلق، والمطلق قول الرجل: والله لا أقرب امرأتي[٣]، فالمؤقت دونه فلا يدخل تحته[٤] إلا بدليل، [ولأنه قال: ﴿تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦] فجعل للمولي مدة][٥] أربعة أشهر فمتى كانت اليمين دون أربعة أشهر لم يقع بها شيء في المدة، ثم اليمين تسقط قبل مضي المدة فلا يقع بعده شيء بلا يمين، كما إذا فاء في المدة وارتفعت اليمين بالحنث، وهو مذهب ابن عباس رضي الله عنهما.

---

[١] «ص» (مسألة).

(٢) رواه البخاري (١٩١).

[٣] «ص» (لا أقربك).

[٤] «ص» (عنه إلى غيره).

[٥] «ص» (ولأن الله تعالى قال: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ﴾).

[٧٤٧] **مسألةٌ**: ثم الإيلاء إلىٰ أربعة أشهر عندنا إيلاء.

وقال بعضهم: لا يكون إيلاء إلا بزيادة ساعة لأنها متىٰ جعلت أربعة أشهر، فساعة تمضي منها للعقد تبقىٰ المدة للمولي أقل من أربعة أشهر، فلا يقع بها شيء لارتفاع اليمين قبل مضي المدة.

إلا أنا نقول: المدة حكم الإيلاء فيعتبر بعدها لا معها كمدة الإجارة أربعة أشهر فإنها أربعة بعد العقد.

[٧٤٨] **مسألةٌ**: مدة إيلاء الأمة المنكوحة شهران عندنا.

وعند الشافعي(١) ﷺ أربعة أشهر، لأن الله تعالىٰ لم يفصل بين الحرة والأمة المنكوحة، فإنه قال: ﴿مِن نِّسَآئِهِمۡ﴾ [البقرة: ٢٢٦]، وكل منكوحة من نسائنا، ولأن التقدير بالأربعة[٢] ـ والله أعلم ـ لصبر النساء عن الرجال في الأغلب أربعة أشهر لا فوقها، والأمة والحرة في ذلك سواء.

إلا أنا نقول[٣]: هذه المدة شبيهة مدة العدة عن طلاق رجعي علىٰ ما نذكر في تلك المسألة ثم الدليل أوجب تنصيف مدة عدة الأمة فثبت التنصيف في الايلاء أيضا استدلالا، وأما نساؤنا فالحرائر في الأصل لأن الرق عارض، ألا ترىٰ في باب العدة كيف أريد بالنساء الحرائر. والله أعلم.

---

(١) انظر: «الأم» للشافعي (٥/٢٨٧)، «مختصر المزني» (٨/٣٠٣)، «الحاوي الكبير» (١٠/٣٨٤).

[٢] «ص» (بأربعة أشهر).

[٣] «ص» (ولنا أن).

|٧٤٩| مسألةٌ: إذا آلىٰ من امرأته سنة إلا يوما لم يكن موليا عندنا.

وعند زفر يكون موليا لأن الاستثناء يوجب نقصانا من العدد المذكور فيكون من آخره كما لو قال: إلا نقصان يوم، وكذلك إذا أجَّر داره سنة إلا يوما انصرف إلىٰ الآخر.

إلا أنا نقول: قوله: (يوما) اسم ليوم نكرة فلا يتعين يوم من السنة له إلا بدليل، وإذا لم يتعين قلنا: ما يمضي يوم إلا ويجوز أن يكون هو المراد، فلا تبقىٰ أربعة أشهر من الجملة خالية عن الاستثناء، فأما إذا قال: إلا نقصان يوم[١]، فالنقصان إنما يكون بفوات طرف فلذلك انصرف إلىٰ الآخر[٢]، وأما الإجارة فلو صرفنا اليوم إلىٰ يوم نكرة بطلت الإجارة لاحتمال كل يوم أن يكون إجارة وأن يكون مستثنىٰ ولو صرف إلىٰ آخره[٣] صحت، وهما قصدا قصر الصحة[٤]، فعلمنا أنه مراد من الآخَر.

فأما اليمين فصحيحة مع العمل بالاستثناء علىٰ حقيقته، وكما لو حلف فقال: والله لا أجامعكِ إلا مرة؛ فإنه لا يصير موليا ولا تنصرف[٥] المرة إلىٰ آخر جماع يكون في آخر العمر، والله أعلم.

[١] «س» زيادة (واليوم).
[٢] «ص» (الأجرة).
[٣] «ص» (آخرها).
[٤] «ص» (صحة الإجارة).
[٥] «ص» (ولانصرف).

فصل الحكم

وأما حكم الإيلاء فحكمان؛ الفيءُ الثابت بقول الله: ﴿فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦]، أو عزيمة الطلاق:

فأما الفيء فأصله الجماع في المدة، وحكمه الحنث عندنا كالحنث في سائر الأيمان.

وقال الشافعي(١) رحمه الله في قول: إذا فاء المولي إليها في المدة فلا كفارة عليه، لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ ولم يوجب الكفارة فلا نوجبها ولأن الزيادة نسخ عندكم، ولأنه لما نص على الغفران وعدم المؤاخذة، صارت[٢] كيمين اللغو الذي أخبر أنه لا يؤاخذنا به.

إلا أنا نحتج: بقول الله تعالى: ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ﴾ [المائدة: ٨٩] الآية، وقد بينا في سائر[٣] الأيمان أن المؤاخذة بالكفارة لا تُبتنى على الإثم، قال[٤] عليه السلام: **«من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه»**(٥)، وهذا من جملة ذلك.

(١) انظر: «الأم» للشافعي (٥/٢٨٩)، «الحاوي الكبير» (١٠/٣٤١ ـ ٣٤٧).

[٢] «ص» (فقد جعلها).

[٣] «ص» (كتاب).

[٤] «ص» (وعن النبي ﷺ).

(٥) سبق تخريجه.

ولأن هذا الحق لا يكون أعظم من حق الصلاة ولو حلف لا يصلي فإن توبته في أن يصلي وعليه الكفارة، فأما الآية فما فيها نفي الكفارة، ولأن الله وعد المغفرة عند الفيء وعندنا يلزمه الكفارة عند الحنث والفيء؛ تفسيره ترك المضارة حتى إذا كان مريضا صح الفيء باللسان ويبطل حكم الإيلاء[١] وإن لم يحنث لأن مضارته كانت باللسان، وإذا جامع يلزمه الكفارة لا لأنه فاء بل لأنه حنث، والمغفرة جزاء الحنث الفيء لا جزاء الحنث، والله أعلم.

|٧٥٠| مسألةٌ: ثم هذا الفيء مِن الذي لا يقدر على جماع المرأة للمرض أو بُعد مسافة يكون باللسان عند عامة العلماء رَحِمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى.

وقال بعض الناس[٢]: لا يكون، لأن اليمين الذي هو طلاق في النساء باق بعد الفيء باللسان فيبقى حكم الطلاق كما يبقى[٣] لو كان قادرا على الجماع.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿فَإِن فَآءُو﴾ [البقرة: ٢٢٦] أي[٤] رجعوا. والفيء باللسان رجوع ولم يذكر (وإن حنثوا)، ومذهبنا مذهب علي وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما، ولأن الله تعالى قرن[٥] المغفرة بالفيء الذي هو مخلص عن حكم الإيلاء، ولا تقرن[٦] المغفرة إلا بتوبة ولا إثم ها هنا على الخصوص إلا إثم مضارتها في أن لا يوفيها حقها في الإمساك بالمعروف، والإمساك بالمعروف من المريض

[١] «ص» (الآية).
[٢] «ص» (بعضهم).
[٣] «أ» (ينفي).
[٤] «ص» (فإن).
[٥] «أ» (قدره).
[٦] «ن»، «ص» (يقرن).

مستحق عليه باللسان دون الفعل فيكون فيئه الذي هو رجوع عن هذا الذنب، وهو ذنب المضارة باللسان أيضا بالقول الذي يضاده[١] أيضا، فإذا كان صحيحا فالمضارة باليمين تثبت[٢] من حيث منع الفعل، فلم[٣] يكن الفيء الذي هو توبة إلا بفعل يرفع تلك المضارة، وذلك بالجماع الذي فيه الحنث، والله أعلم.

وتبين بهذا الفصل أن الفيء الذي هو توبة غير الحنث في اليمين ولكن ربما لا يتصور الفيء الذي هو توبة إلا بالحنث فيجب عند الحنث ما يجب بسائر الأيمان[٤] كمن حلف لا يصلي فصلى[٥] تلزمه الكفارة، لا لأنه صلى، فإنها طاعة لا توجِب كفارة ولكن لأنه حنث في يمينه وإن كان الحنث بالصلاة، فالإيلاء طلاق جُعل للمولي مخلص عنه بالفيء وهو الرجوع عن المضارة بما هو إمساك بالمعروف وذلك بالقول من المريض وبالفعل من الصحيح على حسب ثبوت المضارة باليمين وهي معتبرة في المدة كلها، فمتى قدر على الفعل في بعض المدة ثبتت المضارة من حيث الجماع نفسه فلا يثبت الفيء باللسان، والله أعلم.

|٧٥١| مسألةٌ: وأما عزيمة الطلاق فلا خلاف بيننا وبين الشافعي(٦) رَحِمَهُ اللهُ تَعَالى أن عزيمة الطلاق بترك[٧] الفيء في أربعة أشهر، لأن الله تعالى جعل

[١] «ص» (يضاره).
[٢] في «أ» (ثبتت).
[٣] «ص» (فإن لم).
[٤] «ص» زيادة (وهو الكفارة).
[٥] «ص» زيادة (لا).
(٦) انظر: «الأم» للشافعي (٧/٢٤)، «الحاوي الكبير» (١٠/٣٤١ ـ ٣٤٢).
[٧] «ص» (بدل).

للمولي تربص أربعة أشهر، فهي مدة ضربت له تأجل بها عنه[١] ثبوت حكم الإيلاء ويثبت للمولي خيار في المدة بين الفَيء الذي هو فيء وتوبة، واستحق[٢] المغفرة به، وبين عزيمة الطلاق الذي يلزمه بمضي المدة بلا فيء، وهذا الخيار ينقطع بمضي المدة أيضا وإنما يبقىٰ بعدها علىٰ أصل الشافعي الخيار للمرأة بمطالبة حقها في الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان علىٰ[٣] ما أثبت الله لها ولكنهم اختلفوا في عزيمة الطلاق[٤] أنها تحقيق طلاق بائن الذي أوجبه الإيلاء، فالإيلاء عندنا طلاق بائن[٥] بعد أربعة أشهر بعد الإيلاء إن لم يفء في المدة، وعزيمة الطلاق أي[٦] تخقيقه، وذلك بترك الفيء الذي هو مخلِّص عنه.

وقال الشافعي(٧) ﷺ: عزيمة الطلاق أي قصده، إلا أن[٨] يوفيها حقها في الجماع كما قاله علماؤنا رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى في العنين إذا انقضىٰ أجله، ولا دليل في الآية لأحد القولين علىٰ سبيل الظهور والنص، فإن ابتداء الآية من قوله ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [البقرة: ٢٢٦] وأنه إخبار عن الحادثة لا عن الحكم ثم قوله ﴿تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦]، وأنه إخبار عن الأجل المضروب للمولي لتأخير حكم الإيلاء عنه ولا خلاف أنه أربعة أشهر ولا يلزمه حكم الإيلاء فيه ويلزمه بعده بلا فصل إما طلاق عندنا وإما تطليق عنده.

---

[١] «س» زيادة (علة)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٢] «ص» (سبب استحقاق).

[٣] «س» (فعلىٰ)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٤] «ص» زيادة (قال علماؤنا: عزيمة الطلاق تحقيق).

[٥] «ن» (يأتي).

[٦] «أ» (إلىٰ).

(٧) انظر: «الأم» للشافعي (٢٤/٧)، «مختصر المزني» (٣٠٦/٨)، «الحاوي الكبير» (٤٠٨/١٠).

[٨] «ص» (أن لا يوفيها).

وقوله ﴿فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦]، ﴿وَإِنْ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٧]، إثبات خيار[١] للمولي بين فيء هو توبة وبين عزيمة الطلاق بترك الفيء بكلمة الفاء، وهي توجب الترتيب على ما ثبت[٢] وهو الإيلاء والمدة لا انقضاء المدة فيدل على ثبوت الخيار لهم بعد الإيلاء في المدة.

ودلّ عليه: قراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ﴿فإن فاؤا فيهن فإن الله غفور رحيم﴾(٣) وهذا الخيار بالإجماع ثابت في المدة وينقطع[٤] بمضيها فيلزمه طلاق عندنا، وعند الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ تطليق[٥]، ولكنه تطليق بسبب منعها[٦] حقها في الجماع.

فإذا جامعها فقد أوفاها حقها فبطل[٧] التطليق لأن الحق لها أحد[٨] هذين، وهذا الفيء ليس بفيء توبة الذي وعد الله المغفرة به ولكنه في إيفاء الحق المستحق لها بعقد النكاح وثبت لها المطالبة بذلك ولم يكن هذا ثابتا في المدة لها، فإنه ما لها مطالبة بالجماع في المدة وإنما كان يأثم بحق الله فإنه يلزمه تديّنا أن لا يضارها بمثل هذه اليمين، فكانت التوبة بفيء في المدة فثبت أنه لا خلاف أن الفيء المذكور في الآية في المدة، وكذلك عزيمة الطلاق التي للزوج فيها

---

[١] «أ» (إخبار).
[٢] «ص» (بيّنا).
(٣) انظر: البحر المحيط (٢/٤٤٩).
[٤] «ص» (وينقضي).
[٥] «ص» (وتطليق عنده).
[٦] «ص» (يبقي).
[٧] «ص» (قبل).
[٨] «س» (أجل)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

خيار لا مطالبة[١] بها لأحد عليه في المدة.

ولأنها[٢] بترك الفيء الذي هو فيء توبة وأن الترك يتم بمضي المدة على البر.

قال الشافعي رحمه الله[٣]: إذا فاء في المدة لم تجب الكفارة وبعد المدة تجب لأنّه حنث، وليس بفيء توبة، وعندنا الفيء في المدة يكون من المريض باللسان وليس بحنث، فعلم أن فيء التوبة في المدة وأن العزيمة تتعين على الزوج[٤] إلا أنها تحقيق للطلاق عندنا، وعنده قصد تطليق.

وما في العزم دليل قاطع لأنه يقال[٥] عزمت الطلاق أي حققته[٦]، قال الله تعالى: ﴿فَإِذَا عَزَمَ ٱلْأَمْرُ فَلَوْ صَدَقُواْ ٱللَّهَ﴾ [محمد: ٢١]، أي تحقق شدته، والعزم: اليمين عندنا، والعزم: الإيجاب لغة، والعزم: القصد البليغ، وأنه ظاهر، يقال: فلان قوي العزم، ويقول الله تعالى: ﴿وَلَمْ نَجِدْ لَهُۥ عَزْمًا﴾ [طه: ١١٥] أي القصد البليغ الذي لا يرِد عليه التغير بحال ما أعطى الإنسان هذا العزم بل بُني عزمُه على التغير ولن يثبت إلا بجهاد وتكلف ليجزل ثوابه بجهاده فيه، وقوله: ﴿فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٧]. ما فيه دليل لأن تأويله[٧] سميع بما يقع به الطلاق عليم بما في القلب من القصد ليكون لكل وصف معنى يليق به على ما يكون في الشاهد

---

[١] «ص» (في المطالبة).

[٢] «أ»، «ن»، «ص» (وأنها).

[٣] انظر: «الأم» (٥/٢٨٧)، «مختصر المزني» (٨/٣٠٥)، «الحاوي الكبير» (١٠/٣٨٨).

[٤] «ص» زيادة (بمضي المدة).

[٥] «أ» (يقول).

[٦] «ن» (حقيقته).

[٧] «ص» (قاطع لأن قوله ﷻ: سميع).

في حق المسموع والمعلوم وإن تعالىٰ الله عن الشبه بالشاهد في حق نفسه وما يقع به الطلاق مسموع علىٰ اختلاف القولين وهو الإيلاء عندنا.

والإيقاع علىٰ أصل الشافعي ﷺ من جهة الزوج والقاضي نائبا عنه، والقصد معلوم أيضا، ولا خلاف أنه لا يحتاج إلىٰ قصد مبتدأ وأنه عبارة عن إمضاء القصد الذي ثبت باليمين بتحقيق البر، نظيره من كلام الناس المديون[١] الذي أجَّل دينه أربعة أشهر تربص أربعة أشهر فإن أوفىٰ فله الخلاص وإن عزم المطل[٢] حبس فيكون الخيار له بلا مطالبة في المدة ما له بعد المدة خيار بل يتعين عليه الإيفاء.

وللمكاتب تربص في أجله فإن أدىٰ عتق، وإن عزم الرق بترك الأداء رد فيه[٣]، فيكون الخيار له في المدة من حيث لا مطالبة عليه، فأما بعد المدة فالمطالبة تثبت عليه، وقد تدل الآية لنا من حيث الإشارة فإن الله تعالىٰ قال: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٧]، والعزم بترك الفيء علىٰ ما مر، وترك الفيء علىٰ أصله[٤] عزم تطليق، فهو الذي يلزمه لا عزم طلاق، ولأنه قال: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾، أخبر أن عزمهم الطلاق مسموع وقد ثبت[٥] العزم بترك الفيء في المدة، فإن الله أخبر عن عزم يكون الخيار فيه إلىٰ الزوج بلا مطالبة عليه، وذلك في المدة، وأنه بترك الفيء يتحقق علىٰ ما مضىٰ من المثل[٦] وبيان المذهب، وترك الفيء لا يكون مسموعا، فثبت[٧] أن حكم

[١] «أ»، «ن» (للمديون).
[٢] «ص» (للطلاق).
[٣] «ص» زيادة (إلىٰ الرق).
[٤] «ن» (أصلكم).
[٥] «أ»، «ن»، «ص» زيادة (أنَّ).
[٦] «أ»، «ن»، «ص» (المثال).
[٧] «ص» (فدل).

الطلاق يتعلق بالإيلاء المسموع ، وأن تحققه بترك الفيء ، وعلىٰ ما يقوله الخصم لا يتصور مسموع طلاق إلا ما يوقعه الزوج بعد المدة ، ولم يجر له ذكر في الآية ، فعلم أن المسموع من الطلاق ما جرىٰ له ذكر وهو الإيلاء لا غير ، ولأنه قال: ﴿ وَإِنْ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ ﴾ ، وأنه عبارة عن الاسم الذي يثبت حكما لفعل[١] التطليق لا عن فعل الإيقاع وعزم[٢] الحكم لا يتصور إلا بعد سبق العلة وخيار مانع ثبوت حكمها ثبت لمن عليه الحكم فيعزم[٣] حكمها أي[٤] يحققه بقصده بترك ما له من الخيار ، كمن باع شيئا علىٰ أنه بالخيار ثلاثة أيام ، فيعزم نفاذ البيع بترك الاختيار في المدة ، وهذا مذهبنا فإن الايلاء عندنا طلاق بائن كالتحريم لما فيه من التحريم معنىٰ ، إلا أن الله تعالىٰ أثبت للمولىٰ خيارا مانعا من الوقوع في مدة أربعة أشهر وذلك خيار الفيء فيصير عازما حكمه بترك الاختيار .

فأما علىٰ أصل الشافعي ﷺ فما وجد لفظ طلاق بعد ، وإن عزم الطلاق[٥] بتطليق يلزمه فإنه لا يتصور ثبوت الحكم بلا علة فيضطر إلىٰ إثبات زيادة ليست في الآية ولا يزاد علىٰ الآية ما أمكن العمل بها بلا زيادة وهذا لأن الزيادة تجري مجرىٰ النسخ عندنا علىٰ ما عرف وعنده تجري مجرىٰ التخصيص .

وعلىٰ القولين لا يثبت إلا بدليل ، لأن قوله: ﴿ وَإِنْ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ ﴾ فيه إشارة إلىٰ طلاق معهود سابق ، لأن الألف واللام لتعريف معهود ما أمكن ثم بعده يصار إلىٰ الجنس ، ولما كان أصل الألف واللام لتعريف المعهود دل علىٰ طلاق معهود

[١] «ص» (بفعل) .
[٢] «ص» (عدم) .
[٣] «س» (فينعزم) ، و«ص» (فعدم) ، والمثبت من «أ» ، «ن» .
[٤] «ص» (حتىٰ) .
[٥] «س» ، «أ» ، «ن» زيادة (عزم طلاق) ، والمثبت من «ص» .

سابق ولن يثبت كذلك إلا أن يجعل الإيلاء طلاقا ، وقوله: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] . عقيب الإيلاء دليل على أن الإيلاء طلاق فإنّ الألف واللام للتعريف في الأصل فتكون حينئذ الألف واللام لتعريف المطلقات اللواتي صرن مطلقات بالإيلاء المذكور فيكون أقرب إلى الحقيقة .

وأمّا أخبار الصحابة[١]: فعن عمر وعلي وعائشة ﷺ فمتعارضة على ما بلغنا ، وعن ابن مسعود وجماعة من الصحابة ﷺ أنهم قالوا: «عزيمة الطلاق بترك الفيء في المدة»(٢) ، فيكون تفسيرا على موافقة الآية وقد مر الاستدلال بالآية ، وما[٣] في هذا التفسير زيادة بيان .

فإن الشافعي وافقنا على هذا التفسير وإنما[٤] خالفنا في العزيمة فقال: إنه عزيمة بتطليق[٥] مبتدأ على ما مر ، إلا أن يتعنت متعنِّت[٦] فيجعل عزيمة الطلاق بعد المدة وكذلك الفيء ، وإنما الحجة قول ابن عباس ﷺ فإنه روي عنه أنه قال: «الإيلاء كان طلاق القوم في الجاهلية فجعل للمولي مخلص عنه في المدة»(٧) ،

[١] «ص» (آثار الصحابة) .

(٢) رواه سعيد بن منصور في سننه (٣/٨٧٠) ، وعبد الرزاق في مصنفه (٦/٤٥٤) ، وابن أبي شيبة في مصنفه (١٠/٦٠) عن ابن عباس بلفظ «عزيمة الطلاق انقضاء الأربعة الأشهر ، والفيء: الجماع» .

[٣] «ص» (وأما) .

[٤] «ص» (وإن) .

[٥] «ن» (تطليق) .

[٦] «أ» (يتعين متعيّن) .

(٧) رواه سعيد بن منصور في سننه (٣/٥١) ، والبيهقي في سننه الكبير (٧/٣٨١) ، وأورده ابن حجر في المطالب العالية (٨/٥١٢ برقم: ١٨٨٦٧) عن ابن عباس بلفظ «كان إيلاء الجاهلية السنة والسنتين ، وأكثر من ذلك ، فوقت الله تعالى لهم أربعة أشهر ، فمن كان إيلاؤه أقل من أربعة أشهر فليس بإيلاء» .

وهذا مذهبنا فإنا نقول إنه طلاق وللمولي مخلص عنه في المدة بأن علق الشرع وقوعه بترك الفيء في المدة، فصار بالشرع كقوله لامرأته: إن لم أجامعكِ إلىٰ أربعة أشهر فأنت علي حرام ينوي طلاقا، وعن عثمان وجابر بن عبد الله وزيد بن ثابت ﵃ مثل مذهبنا، وعن النبي ﷺ أنه آلىٰ من نسائه شهرا فقال له عمر ﵁: أطلَّقتَ نساءك يا رسول الله؟ فقال: لا بل آليت(١)، فعمر ﵁ عَرف ما[٢] فعله النبي ﷺ طلاقا فثبت أن الإيلاء كان طلاقا في الأصل عندهم وإذا ثبت أنه طلاق[٣] وجب النظر إلىٰ قدر التغير[٤] بالشرع وذلك بما أوجب الله له من التربص أربعة أشهر لخيار أثبت له بين الفيء فلا يلزمه شيء، وبين تركه وعزم الطلاق، وإنما يرتفع أصل الطلاق بالفيء إذا علق الوقوع بتركه، فأما الواقع[٥] فلا يحتمل رفعا من الأصل وهذا كما أن الظهار كان طلاقا[٦] في الجاهلية وبه أفتىٰ، رسول الله ﷺ حين سئل ثم نزلت الآية. فانتقل بالشرع إلىٰ تحريم يمنع بها إلىٰ أن[٧] يكفر دون أصل الملك.

وأما الكلام في المسألة من حيث المعنىٰ، فللشافعي ﵀ ظاهر من حيث النظر في العلة[٨] وذلك لأن اليمين ما شرعت إلا لتحريم فعل ما حلف عليه، وقول القائل: والله لا أفعل كذا غايته تحريم ذلك الفعل علىٰ نفسه، وتحريم فعل

---

(١) رواه البخاري برقم (٢٤٦٨)، ومسلم (١٤٧٩).

[٢] «س» (بما)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٣] «ص»، «أ» (كان طلاقا).

[٤] «ص» (التعبير).

[٥] «ص» (الوقوع).

[٦] «ص» (للقوم)، يبدو أن المراد أنها زيادة في «ص»، وفي حاشية «أ» (طلاق القوم).

[٧] «ص» (ثم).

[٨] «ص» (اللغة).

الجماع لا يكون طلاقا لأن الطلاق لإسقاط أصل ملك النكاح ثم يحرم الفعل حكما لسقوط الملك ، فأما الفعل نفسه فلا يحرم بالطلاق ، ألا ترىٰ أن الظهار بحكم التشبيه بمحرمة الاستمتاع لما[١] أوجب تحريم فعل الجماع دون إبطال الملك لم يكن طلاقا بل أوجب تحريما ما له حكم الطلاق بوجه[٢] ، فاليمين التي شرعت لتحريم الفعل في الأصل ثم لا يحرم به الفعل بالإجماع أولىٰ أن لا توجب طلاقا فإنه لما لم يحرم[٣] ما قصد به من التحريم صار دون الظهار المحرم.

ولأن القياس أن لا يقبل فعل الجماع التحريم قصدا ، لأنه حل حكما لملك[٤] ثبت علىٰ المرأة بالنكاح ولا يحتمل الثبوت قصدا بحال فلا يحتمل الإزالة قصدا كملك التصرف الذي ثبت حكما لملك اليمين ، وكالملك في أوصاف العين التي تشبه بها[٥] وإنما ثبت بالظهار[٦] بخلاف القياس فلم يجز قياس غيره عليه.

ولأن اليمين تصرف من الحالف علىٰ نفسه بأن يمنع نفسه عن فعل والطلاق تصرف[٧] علىٰ[٨] المرأة بإسقاط الملك عنها فلا يكون بينهما تشابه لا محلا ولا حكما ولا معنىٰ ، فكيف يثبت أحدهما بالآخر ، ولأن اليمين لو كانت من ألفاظ الطلاق لملك الزوج تنجيز[٩] الطلاق به.

---

[١] «ص» (ما).
[٢] «ص» زيادة (من الوجوه).
[٣] «ص» (لما يوجب).
[٤] «ص» (لمحل).
[٥] «س» ، «أ» ، «ن» (الذي يشتريه) ، والمثبت من «ص».
[٦] «ص» (الظهار).
[٧] «س» ، «أ» ، «ن» (تعرف) ، والمثبت من «ص».
[٨] في «أ» (عن).
[٩] في «أ» (يتخير).

ولأنها ليست بصريح طلاق بلا خلاف، ألا ترىٰ أنها تثبت يمينا لا بالنساء، والكناية لا تعمل عمل الصريح إذا لم يرد به الصريح، والزوج يقول: إني لا أريد الطلاق فثبت أن اليمين ليس بلفظ طلاق بوجه إلا أن المرأة في أصل النكاح استحقت علىٰ الزوج الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان، والإمساك بالمعروف في إيفائها حقها في الجماع والنفقة فمتىٰ منعها الإمساك بالمعروف تعين عليه التسريح بإحسان، ولهذا أوجبتُ الفراق بالعجز عن النفقة وأوجبتم أنتم أيضا التسريح بالإحسان بالعنّة والجبّ.

وكذلك بعدما جامعها مرّة إذا ترك جماعها تعنتا أثم إلا أن المرأة لا تستحق الفراق بذلك لأن الجماع مما لا يمكن الدوام عليه فإنه أمر مبني علىٰ النشاط، فلم يكن[١] إثبات هذا الخيار من حيث يثبت للمرأة المطالبة به علىٰ الدوام لأنه لا يمكن، ولأن الزوج يلحقه الحرج بذلك فعلق بجنس الجماع تيسيرا علىٰ الرجال، وفيما بينهم وبين ربهم علق بحقائق الأمور من قصد الضرر[٢] وغيره.

وأما النفقة[٣] فيمكن إدراكها[٤] والمرأة لا تبقىٰ أيضا بدون النفقة فعلق الأمر فيه بالدوام لأنه أمر ظاهر فإذا آلىٰ الزوج وضارها باليمين صار متعديا فبطل ما سقط عنه تيسيرا عليه لعجزه عن الإدامة، لأنه كان قادرا علىٰ ترك هذه المضارة باليمين وصار[٥] هذا المنع كمنع النفقة فكان القياس أن يثبت لها بنفس اليمين

---

[١] في «أ» (يمكن).

[٢] «س» (الغرر)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٣] «ن» (البينة).

[٤] «أ»، «ص» (إدرارها).

[٥] «ص» (نكان).

خيار طلب حقها من التسريح بالإحسان أو[1] الجماع إلا أن الحق تأخر بالمدة التي جعلها الله للمولي فإذا زالت المدة ثبت لها الحق.

والدليل على أن المعنى ما قلناه ـ لا أن[2] جُعل[3] نفسُ اليمين طلاقا ـ ما مر من المسائل أن المريض إذا آلى كان فيؤه باللسان لأن المضارة حصلت باللسان لا بمنع[4] أصل الجماع فإنه كان فائتا بالمرض فإذا زالت المضارة بالفيء لسانا سقط الإيلاء في حق الطلاق وإن بقيت اليمين، وإذا آلى ثلاث مرات في مرة[5] واحدة كان طلاقا واحدا لأن المضارة واحدة، ولو كان اليمين نفسه طلاقا لتعدد الطلاق بتعدد اليمين كما لو قال أربع مرات: إن لم أجامعك أربعة أشهر فأنت طالق، فإذا[6] تعدد بتعدد[7] المضارة عُلم أن المضارة هي السبب، والمضارة لا تكون سببا[8] موقعا للطلاق بل هي[9] سبب استحقاق المرأة المطالبة بالتفريق كما في العنة عندكم إلا أنا وجدنا بالعنة[10] سببا آخر رددنا به النكاح وهو العيب[11] فلم نجعله طلاقا ولم نجد هاهنا فكان الحق تسريحا

---

[1] «أ»، «ص» (و).

[2] «أ» (لأن).

[3] «ن» (حصل).

[4] في «أ» (لا يمنع).

[5] «ن»، «ص»، «أ» (مدة).

[6] «ص» (فلما).

[7] «أ»، «ص» (تعدد)، «ن» (بعدد).

[8] «ص» (يمينا).

[9] «س» (هو)، والمثبت من «أ»، «ن».

[10] «ص» (في العنة).

[11] «ن» (العنة).

بإحسان كما قال الله تعالىٰ في النساء.

ولعلمائنا ﷺ: أن الايلاء لفظ طلاق عندنا في النساء[١] مع كونه يمينا كما لو نذر صوم رجب ونوىٰ يمينا[٢] [يصير يمينا][٣] بالله مع كونه إيجابا للصوم ونذرا.

وإنما عرفنا أنها لفظ الطلاق بالإخبار علىٰ ما مضىٰ[٤]، وقولهم إنه لا تشابه بينهما فلا يستقيم رد ما حكينا من التشابه[٥]؛ فإن العرب تسمي شيئا واحدا بأسامي لا تشابه بينهما معنىٰ، علىٰ أن الظهار كان طلاقا بلا خلاف وبه أفتىٰ رسول الله ﷺ حين سئل قبل نزول الآية، وبين الايلاء والظهار تشابه لغة، لأن الظهار تحريم بالتشبيه بمحرمة الاستمتاع فكان تحريم[٦] فعل المتعة، وكذلك الإيلاء لأن قول القائل لا تفعل تحريم، فكذلك إذا أكده باليمين بل أولىٰ، ألا ترىٰ أنه لو جاءنا النهي[٧] مِن صاحب الشرع كان تحريما.

فلما كان الظهار تطليقا جاز هذا أيضا ثم يترك الحكم[٨] بقدر ما عبَّر[٩]

---

[١] «ص» (ولنا في الإيلاء لفظ طلاق في النساء).

[٢] «ص» (بنية اليمين).

[٣] ما بين [ ] ليس في «س»، وفي «ص» (يكون يمينا لله مع كونه نذرا بالصوم)، والمثبت من «أ»، «ن».

[٤] «ص» (مر).

[٥] «ن» (بالتشابه).

[٦] «ص» (تحريمه).

[٧] «ن» (جاء بالنهي).

[٨] «ص» (ترك التحريم).

[٩] «س»، «ص» (غير)، والمثبت من «أ»، «ن».

الشرع وإنما عبَّر[١] الشرع بالأجل، والأجل يؤخر[٢] الحكم لا غير، ولأنا نجعل اللفظ المحرِّم طلاقا، والشافعي يجعله موجبا تطليقا فكان ما قلناه أولىٰ لأن صريح التحريم طلاق لا أثر له في إيجاب التطليق بوجه ولأنه لفظ تحريم لا يعمل عمله إلا في النكاح وكل تحريم لا يعمل عمله إلا في النكاح كان تحريما لحل النكاح الذي لا يوجد في غيره كالخلع والإبانة والظهار، وإنما قلنا لا يعمل عمله في غيره لأنها[٣] للإيلاء من النساء حكم خاص[٤] لا يثبت في غير النساء، ولأن النكاح ما يتحقق له ملك سوىٰ ملك الوطء والاستمتاع، وما قبله شيء حكمي ما ثبت إلا شرعا.

والكلام في اللغة قبل الشرع فكان ملك الاستمتاع ثبت قصدا ويزال بهذه الألفاظ قصدا فإن الطلاق من الإطلاق عن القيد وأنه تصرف في الأفعال أيضا من حيث إطلاقها فثبت أنه صحيح في اللغة دعوىٰ أن اليمين طلاق، ولأن المضارة في النكاح ضربان بقصد من الزوج وذلك يسقط حكمها[٥] بالجماع مرة، وحكما كما يكون بإسلام المرأة أو[٦] اللعان، وذلك يعتبر كل وقت وهذا قصدي ولا[٧] يوجب [وصفهن بالطلاق.

وهذا التربص كناية عن أداء العدة وتربص قروء تتأدىٰ به العدة عقيب

---

[١] «س»، «ص» (غير)، والمثبت من «أ»، «ن».

[٢] «ص» (يوجب).

[٣] «ن»، «ص» (لأنَّ).

[٤] «ص» (حكما خاصا).

[٥] «أ» (حكما).

[٦] «ص» (و).

[٧] في «أ» (فلا).

الطلاق المشروع لا يتصور عندكم ، لأن الطلاق المشروع في الطهر ويتربص الأطهار عندكم لا تتأدى العدة وإنما دخلت تبعا وجودها وعدمها سواء حتى قلتم إن الطلاق وإن وجد في آخر الطهر انقضت العدة بثلاث حيض وإن لم يتربص الأطهرين فإذا طلق في الحيض لزمها التربص في الحيضة الرابعة لأن الثلاث لم يكمل بما مضى وإن وجدت ثلاثة أطهار فلما أمر الله بتربص ثلاثة قروء تتلو الطلاق بينهن أنها الأطهار ولأنه قال ثلاثة قروء وثلاثة علامة التذكير في الحساب بقول ثلاثة رجال وثلاث نسوة والحيضة مؤنثة والطهر مذكر فدلت العلامة على أن المراد بها الأطهار ولأن في العدة معنى العبادة بلا خلاف والطهر وقت العبادة والحيض لا فإنه ينافي الصلاة والصوم وكثيرا من العبادات بخلاف استبراء المماليك ؛ لأن الاستبراء واجب على الموالي وما على النساء فيه من معنى العبادة.

وحيض النساء لا ينافي عبادة الرجال ولهذا قلنا إن عدة الحال المتوفى عنها زوجها وهو صبي لا تنقضي بالولادة لأنها من زنا محض ، فلم تصلح لتوقيت مدة العبادة والفقه فيه أنا نهينا عن تطويل العدة ، والطلاق شرع في الطهر فلو جعلت القروء حيضا لطالت العدة شرع الطلاق في الطهر ومتى جعلت أطهارا لقصرت فإنها تنقضي بمجيء الحيضة الثالثة ولأن الطلاق المباح مستتبع زمانا يتصور فيه أداء العدة أداء معتبرا قياسا على طلاق الآيسة والصغيرة وهذا لأن الطلاق حال شروع في أداء العدة بلا خلاف فإن محظورات العدة تلزمها بالطلاق وحال الشروع في الأداء يكون مقرونا بوقت صحة الأداء كالشروع في الصوم والصلاة وهذا هو الأصل لأن الشروع للأداء ، والفصل لا يجوز إلا بدليل مخصص كالإحرام بالحج شرع لأول أشهر الحج ، ووقت الأداء يوم عرفة لأن مكان

الإحرام الميقات، ومكان الأداء عرفة فلضرورة تفرق الأمكنة وقع الفصل بينهما وقتا أيضا، ولا ضرورة فيما نحن فيه متى جعلت القروء أطهارا على أن الإحرام بالحج على أصلي لا يصح إلا في أشهر الحج، وهو وقت لأداء طواف التحية والسعي إلا أنه لا يمكنه][1] شيئا بعد الجماع فبطل ما قاله، وكذلك حكم المدة يدل عليه فإنها[2] مدة شرعت للزوج لخيار ثبت له بين الفيء فيسقط[3] عنه[4] حكم عزيمة الطلاق في إيجاب البينونة وبين الترك فيلزمه عزيمة الطلاق، ولا نظير لهذه المدة إلا مدةُ العدة بعد طلاق رجعي فإنها شرعت للزوج لخيار ثبت له بين الفيء فيسقط عنه حكم الطلاق في إيجاب البينونة وبين الترك فيلزمه البينونة بخلاف مدة العنة فإنها ضربت لإثبات العنة على الزوج لا غير حتى إن كانت الآفة ظاهرة كالجب فرق بينهما للحال ولم يضرب له مدة فعلم أن العنين ما ضربت له المدة مخلصا له عن سبب فراق بل ليعلم أن العجز عن الجماع بآفة أصلية أم بعارض على ما عرف.

دل عليه: أنّ المدة شرعت على أصل الشافعي مخلصا عن ظلم المضارة، ولا نجد[5] له نظيرا، فإن المضارة لما تحققت[6] بالجب لم يضرب له مدة، وكذلك عندنا لما تحققت المضارة بإسلام المرأة والزوج ذمي لم يضرب لها مدة، وكذلك بعد اللعان لما تحققت المضارة من الزوج لم يضرب لها[7] مدة.

[1] ما بين [ ] ليس في «س»، «ن»، «ص» والمثبت من «أ».
[2] «ص» (فإما).
[3] في «أ» (فسقط).
[4] «ص» زيادة (بالعجز).
[5] «أ» (يجوز).
[6] «أ» (تحققن).
[7] «ص» (له).

والمدة عندنا مضروبة مخلصا عن حكم سبب الفراق والله تعالىٰ قد ضرب مثل هذه المدة[١] للمطلق طلاقا رجعيا.

﴿ فإن قيل: الله تعالىٰ ما شرع مخلصا عن أصل وقوع الطلاق وإنما شرع مخلصا عن البينونة؟

﴿ قلنا: نعم بينهما مفارقة في كيفية المخلص، فأما المخلص عما يقطع النكاح بعد ثبوت القاطع فثابت فكان هذا أولىٰ بالإثبات مما ذكرت وما لها نظيرٌ بوجه وسبب. ألا ترىٰ أنه وإن ظهر ذلك بغير يمين باللسان لم يستحق فراقا فلم يكن بد من سبب آخر فالمدة شاهدة لنا وكذلك السبب فإنهم يضيفون إلىٰ المضارة وهي بعد الجماع مرة إذا كانت قصدية من الزوج ليست بسبب، ونحن نحيل إلىٰ لفظ محرم وضعا وهو اليمين فجعله الشرع عاملا في النكاح ليكون زاجرا له فيه إبانة لخطر هذا وتأكيد وجوب الإمساك بالمعروف.

[٢] ولهذا قلنا: إن مدة إيلاء الأمة علىٰ النصف من مدة إيلاء الحرة لأن المدة وجبت لصيانة النكاح وحقا من حقوقه كمدة العدة[٣] فإن الخيار الثابت في البابين لصيانة النكاح، ونكاح الأمة في معنىٰ نصف نكاح الحرة علىٰ ما عرف في موضعه فثابت بنصف ما تبين به الحرة كما في عدة الطلاق الرجعي، ولهذا قال زفر رحمه الله إذا آلىٰ أربع[٤] مرات وعلق الإيلاءات[٥] بمجيء غد ثم مضت المدة

[١] «ص» (الآية).
[٢] في حاشية «س» (مسألة).
[٣] «ص» (العنة).
[٤] «أ»، «ص» (ثلاث).
[٥] «أ» (الإيلاء).

طلقت ثلاثا، لأن كل يمين تطليق، إلا أنا نقول: كل يمين تطليق وعامل في التحريم إعظاما لحق وجوب الإمساك بالمعروف فيه لا لعينه حتى ينزجر[1] عن سبب تفويته قصدا فإذا اتحدت المدة ابتداء وانتهاء لم يتصور بها كلها إلا فوت واحد فيصير جملة الأيمان عاملة عمل يمين باتحاد الفوت الذي هو شرط لعمل اليمين فالعلة كما لا تعمل إذا عُدمت لا تعمل إذا فات شرطها، والله أعلم.

[١] «أ» (يزجر).

فصل اللعان

نحتاج إلىٰ أن نعرف:

* مائية اللعان شرعا.

* ثم نعرف سببه.

* ثم نعرف أهله.

* ثم نعرف شرطه.

* ثم نعرف ركنه.

* ثم نعرف حكمه.

قال علماؤنا رحمهم الله: ركن اللعان شهادات لفظا مؤكدة باليمين واللعن.

ومائيتها أنها شهادات حكما مُثبتة[١] من وجه صدق الشاهد، ومن وجه هي شهادات بيمين، ولعن شُرِع حدّاً على الزوجين بدلا عن حد القذف من جانب الرجل وحدِّ الزنا من جانب المرأة، ومعنى الحد في أنها مهلكة من حيث الإثم محرمة للاجتماع.

ثم على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله محرمة حرمة التمتع بها لا غير التي تثبت بنفس التلاعن قبل القضاء والقضاء بالفرقة بعد ذلك يجب حكما لفوت ثمرة النكاح كما يجب بإسلام أحد الزوجين[٢] وإباء الآخر الإسلام لا أن يجب حدا بالقذف، إنما الواجب بالقذف شهادات مؤثمة محرمة للتمتع بها.

وقال أبو يوسف رحمه الله: الواجب شهادات بلعنة موثقة[٣] وتحريم مقصود لا يثبت إلا بقضاء كالشهادات لا تكون حجة إلا بقضاء[٤] حتى تصير المرأة كالمحرمة بالرضاع.

وقال الشافعي(٥) رحمه الله: ما في اللعان حد ولكنها أيمان محضة مزكاة بلعن مؤكدةٌ بلفظة «أشهد»، وليست بشهادة حكما وهي يمين مُثبتة من جانب الزوج صِدقَه محرمة مثل حرمة المصاهرة، مبرئة من جانب المرأة ما لزمها بيمين الزوج.

[١] «ص» (مبنية).

[٢] «ن» (أحدهما).

[٣] «س»، «أ» (موبقة)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٤] «ن» (لا يكون حد الانقضاء).

(٥) انظر: «الأمّ» للشافعي (٥/١٣٣)، «مختصر المزني» (٨/٣١٢ ـ ٣١٥)، «الحاوي الكبير» (١١/٥).

وأهله من كان أهلاً لليمين بالله عنده.

وأمّا السبب عندنا: فالقذف الموجب حد الجلد لو كانا أجنبيين، والأهل من هو أهل لأداء سائر الشهادات.

وعند الشافعي(١) رحمه الله: السبب نفي ولد يخاف لحوقه به من ماء غيره، ورمي بزنا يوهم هذا المعنى.

وأمّا الشرط عندنا: فقيام الزوجية والتكاذب منهما.

وقال الشافعي(٢) رحمه الله: ما هما بشرط[٣]، ولكن الشرط خوف لحوق نسب الغير به بالزنا الذي رماها به.

واحتج لقوله إنها أيمان: بقول الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾ [النور: ٦]، فقوله: ﴿بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾ صريح يمين لا يحتمل معنى الشهادة وقوله: "أشهد بالله" يحتمل معنى الشهادة[٤]، لأن "أشهد بالله" يمين في كل خصومة وحادثة فيجب حمل اللفظ المحتمل على الذي لا يحتمل إذ الجمع بينهما متعذر فإن الشاهد لا يحلّف[٥]، والحالف لا يستشهد على صدق يمينه.

---

(١) انظر: «الأمّ» للشافعي (٣١٢/٥)، «مختصر المزني» (٣١٢/٨ ـ ٣١٥)، «الحاوي الكبير» (٤٢/١١ ـ ٤٣).

(٢) المصدر السابق.

[٣] «ص» (ليسا بشرطين).

[٤] «ص» (اليمين).

[٥] «ص» (يستحلف).

ولأن الرجل[١] في حق نفسه لا يكون شاهدا ويكون حالفا فثبت أنها يمين لكن مؤكدة بلفظ: أشهد، لأنها شرعت لإيجاب الصدق في باب الزنا وأنه أمر عظيم فخص[٢] بأبلغ لفظ في الإيجاب وهو لفظ الشهادة، مع احتماله معنى اليمين في نفسه ليؤكده ولا يغيره وتبيَّن بالمفسر أن المراد بقوله ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ﴾، أربعة أيمان، أي إذا لم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم كانت الشهادات لأنفسهم أيمانا مؤكدة بلفظ أشهد قائمة مقام الشهادات الأربع من الشهود غيرهم وأنفسهم بأيمانهم بلفظ "أشهد" قائمة مقام الشهود.

والدليل عليه أيضا: أنها شرعت في حال عدم الشهود غير[٣] أنفسهم، وما يجب في الخصومات حال عدم الشهود هي[٤] الأيمان إلا أنها شرعت على المدعي بلفظ الإيجاب لأن الظاهر شاهد للمدعي، فإن العادة كف الأزواج عن قذف أزواجهم[٥] بالزنا إلا صادقين، فالطباع تنفر عن هذه التهمة بالحلائل قبل الدين والعقل، واليمين شرعت حجة لمن يشهد الظاهر عندنا[٦] فلما صار الظاهر للمدعي كانت يمينه حجة، وكانت مثبتة[٧] كما قلت فيمن[٨] وجد قتيلا في[٩] محلة كانت بينه وبينهم عداوة وقتل لما[١٠] دخل أن وليه يدعي على من يتهمه

[١] «ص» (الإنسان).
[٢] «ص» (مختص).
[٣] في «أ» (وغير).
[٤] في «أ» (وهي).
[٥] «أ» (أزواجهن).
[٦] «ص» (عندي).
[٧] «ص» (مبنية).
[٨] «ص» (فمن).
[٩] «أ» (بين).
[١٠] «س»، «أ» (كما)، والمثبت من «ص».

ويحلف ويقتص[١] منه غير أني لم أشترط فيه لفظ "أشهد" لما[٢] لم يرد الشرع على تثبيته بزيادة شهود وإذا أثبته بالشهود وباب الزنا مخصوص بزيادة شهود إذا أثبت بالشهود[٣]، فكذلك إذا أثبت باليمين خص بزيادة لفظ، والله أعلم.

ويدلّ عليه: أن الأعمى يلاعن وكذلك الفاسق والقاضي[٤] لا يقضي بشهادتهما ولا يقبلها ويقبل يمينهما في سائر الخصومات، إلا أني[٥] أوجبت [التحريم][٦] بهذه الشهادات[٧] مثل حرمة الرضاع بالسنة، فقد روي أن النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين ولولا الحرمة لما فرق، وقال ﷺ[٨]: «**المتلاعنان[٩] لا يجتمعان أبدا**»(١٠)، فثبت أن الحرمة مؤبدة، والحرمة المؤبدة لا تكون إلا مثل حرمة الرضاع والمصاهرة غير أني[١١] علقتها بلعنات الرجل لأن أيمان المرأة أيمان منكرة ويمين المنكر تدفع[١٢] الوجوب عنه، ويمين المدعي توجب، إلا

---

[١] «أ» (يقبض).

[٢] «ص» (كما).

[٣] «أ» (باليمين).

[٤] «ص» (العاصي).

[٥] «ص» (ألا ترى أني).

[٦] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ص».

[٧] «ص» (الشهادة).

[٨] «ص» (النبي ﷺ).

[٩] في «أ» (الملاعنان).

(١٠) رواه الدّارقطني في «سننه» (٣٠٧/١٣ برقم ٣٧٠٦)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦٧٢/٧ برقم ١٥٣٥٤) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، وإسناده لا بأس به. انظر: الدّراية في تخريج أحاديث الهداية (٧٦/٢).

[١١] «أ» (أنها).

[١٢] «ص» (يرفع).

أن الشرع أضاف إلى المتلاعنين لأن الاجتماع وعدمه إنما يظهر بعد الفراغ من[١] التلاعن ولأنهما إذا اجتمعا للتلاعن وبدأ أحدهما سميا متلاعنين كالمتناظرين إذا جلسا للمناظرة[٢] وشرع أحدهما في الكلام.

ولأن قوله: «**المتلاعنان لا يجتمعان أبدا**»(٣) يدل على حرمة سابقة على هذا الكلام، لأنه خبر كقولك: الولد لا ينكح أمه، ودل على[٤] أن الحرمة متعلقة بالوصف المذكور، إلا أن الدلالة قامت على أن لعان المرأة غير صالح لإيجاب الحرمة، فبقي السبب لعان الزوج وحده، وجعلت الشرط خوف لحوق نسب الغير به بالزنا الذي رماها به، بحيث لا يمكنه القطع بدون اللعان.

لأن القياس في الباب أن لا يثبت الزنا باليمين كما في غير هذه الحالة، إلا أن الشرع جعلها حجة له على الزنا في هذه الحالة بخلاف القياس وذلك لا يكون إلا بضرورة[٥] حكمية أو حسية، فإن مواضع الضرورة مستثناه عن كل ما ثبت شرعا وليست ها هنا ضرورة حسية تدعوه[٦] إلى القذف، فعلم أنها شرعية وذلك خوف لحوق نسب الغير به، فعرض على الإنسان أن لا يلحق ولدا خلق من ماء غيره، ولا يمكنه القطع في النكاح الصحيح والفاسد بالنفي ولا دعوى الاستبراء، فأباح الشرع قذفها بالزنا وإثباته بالأيمان ليخرج عن ضرورة هذا الغرض، وينتفي النسب عنه بثبوت الزنا عليها بحجة شرعية كما لو ثبت بحجة حسية، وهي أن

[١] «س»، «أ» (عن)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (للتناظر).

(٣) سبق تخريجه.

[٤] «س»، «أ» (عليه)، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (للضرورة).

[٦] «أ» (بدعوة).

يكون الزوج صبيا صغيرا فإن النسب لا يثبت منه، وكذلك عندنا في الكبير إذا لم يكن بحيث يتوهم وطؤها أو العلوق من مائه.

وتبين بهذا أنه لا يجوز أن يكون الشرط المغير[١] لهذا الحكم النكاح فإنه يمكنه الخلاص عن عهدة النكاح بالطلاق دون اللعان، إلا أن الشرع أجرى اللعان بينهما بعدما حاضت المرأة بعد الزنا وعَرفت براءةَ رحمها عن الماء، لأن الأصل في باب النسب الذي لا يمكن قطعه بدون اللعان نسب النكاح والأصل فيه الصحيح دون الفاسد فإذا زنت صار الزوج بحيث لا يأمن عليها ماءه، وصار يخاف لحوق نسب الغير به سرا من حيث لا يشعر به، فأبيح له إثبات الزنا عليها بأيمانه زجرا إياها عن الخيانة في هذا الباب، وإن أمكن الزوج الخلاصُ بالطلاق[٢] في هذه الحالة لأنه لا زاجر في الطلاق، ثم الفاسد تبع للصحيح فيتعدى إليه الحكم بالتبعية وإن عدمت العلة فيه والله أعلم.

دل عليه: قول النبي ﷺ للمرأة الملاعنة لما أتت بالولد على النعت المكروه: «لولا الأيمان التي مضت لكان لي ولها شأن»(٣)، فإذا ثبت هذا خُرِّجت المسائل:

أمّا على الركن؛ فإنه لما كان يمينا محضا كان أهله من كان أهلا لليمين من الحرّ والعبد والكافر والمسلم.

وأمّا السبب فرمي بزنا يُخاف لحوقُ نسب به بحيث لا يمكنه النفي بدون

[١] في «أ» (المعتبر).

[٢] في حاشية «أ» (بالتطليق).

(٣) رواه أبوداود (٢٢٥٦)، وأحمد (٢١٣١)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧/٦٤٧ برقم ١٥٢٩٢)، وأصله في البخاري (٤٧٤٧) بلفظ: «لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن».

اللعان فوجب؛ أقرت المرأة بالزنا أم أنكرت، كان النكاح صحيحا أم فاسدا، وكذلك يجري بقذف الأخرس لأنه يخاف النسب كالناطق، والشبهة لم تمنع وجوبه لأنه ليس بحد، ويجب الحد على المرأة إذا نكلت عن اللعان بيمين المدعي التي جعلت حجة مُثبِتة حال شهادة الظاهر له، ولقول الله: ﴿وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ﴾ [النور: ٨]، أخبر أن العذاب عليها واجب أي حد الزنا فإنه مذكور على سبيل التعريف فينصرف إلى المذكور أولا: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٢] أي الحد الواجب عليها بالزنا وإذا قذفها بالحبل تلاعنا لأنه يخاف لحوق نسبه به فكان الشرط قائما.

وروي أن رجلا قذف امرأته بالحبل فلاعن رسول الله بينهما ثم قال: **«إن جاءت به أصيهب**(١)**، أثيبج**(٢) **حمْش الساقين**(٣) **فهو لزوجها، وإن جاءت به أورق**[٤] **جعْدا جُماليا فهو للذي رميت به»**، فجاءت به على النعت المكروه، فقال[٥] ﷺ: **«لولا الأيمان التي مضت لكان لي ولها شأن»**(٦).

ولعلمائنا[٧]: قول الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ﴾ [النور: ٦]، فالله تعالى استثنى أنفسهم من

---

(١) تصغير أصهب وهو: الذي في شعر رَأسه حمرَة. انظر: الفائق ي غريب الحديث (٣٢٢/٢).

(٢) الأثيبج تصغير أثبج، وهو الناتئ الثبج، والثبج ما بين الكاهل ووسط الظهر، وهو من كل شيء وسطه وأعلاه. انظر: غريب الحديث للقاسم بن سلام (٩٧/٢).

(٣) حمُشت ساقُه تَحمُش حُمُوشَة إِذا دَقَّت. انظر: تهذيب اللغة (١١٦/٤).

[٤] «ص» (أزرق).

[٥] «ص» زيادة (النبي).

(٦) سبق تخريجه.

[٧] «ص» (ولنا).

الشهداء، فدل على أنهم شهود حكما، لأن الظاهر أن المستثنى يكون من جنس المستثنى منه، وهو الحقيقة وغيره مجاز لا يصار إليه إلا بدليل.

ولأنه[١] قال ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ﴾، والشهادة على الإطلاق غير اليمين في لسان الشرع وتعارف الناس، وكذلك[٢] ﴿أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍ﴾، وكذلك بالإجماع الشهادة على الحقيقة ثابتة ولم يرد بها المجاز عن اليمين، فإنها لو كانت مجازا عن اليمين كان المراد بها: فيمين أحدهم أربع أيمان بالله، فكان لا تجب المراعاة على لفظ "أشهد" كما في سائر الأيمان، وبالإجماع هذه اليمين لا تتأدى إلا بلفظ "أشهد"، فعلم أن حقيقة اللفظ مرادة[٣]، ولن[٤] يوجد شرط حقيقة هذا اللفظ للصحة إلا في الشهادات الموجبة دون الأيمان، فثبت أنّه لفظ محكم، وقوله: ﴿بِٱللَّهِ﴾ يمين لا يحتمل الشهادة، فكذلك يجمع بينهما فنقول: إنها شهادات محكمة مؤكدة بأيمان محكمة لتكون الأيمان مؤكدة لها، فإنهم متهمون في حق أنفسهم، واللعنة مزكية، فإنها شرعت حجة لمن لم يُستمع إلى شهادته، قال الله تعالى: ﴿فَقُلْ تَعَالَوْا۟ نَدْعُ أَبْنَآءَنَا وَأَبْنَآءَكُمْ وَنِسَآءَنَا وَنِسَآءَكُمْ وَأَنفُسَنَا وَأَنفُسَكُمْ ثُمَّ نَبْتَهِلْ فَنَجْعَل لَّعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَى ٱلْكَٰذِبِينَ﴾ [آل عمران: ٦١][٥].

فأما قولهم: بأنّ الإنسان في حقّ نفسه لا يكون شاهدا فنعم، لم تكن شهادته لنفسه حجة للتهمة كما لم تكن لولده لا أنه لا يصلح فإن الله تعالى شهد لنفسه

[١] «ص» (ولأن الله تعالى قال).

[٢] «ص» زيادة (قوله).

[٣] «س»، «أ» (مراد)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (وإن لم يوجد).

[٥] «ص» (﴿قُلْ تَعَالَوْا۟ نَدْعُ أَبْنَآءَنَا وَأَبْنَآءَكُمْ﴾ إلى قوله: ﴿فَنَجْعَل لَّعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَى ٱلْكَٰذِبِينَ﴾).

بالوحدانية بقوله: ﴿شَهِدَ ٱللَّهُ أَنَّهُۥ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ﴾ [آل عمران: ١٨] لأنه لا تهمة تتصور هناك فيما شهد لنفسه به، إلا أن الشرع في هذا الوضع خاصا اعتبرها حجة للشاهد نفسه، وقطع التهمة باليمين واللعنة، وكذلك في حق الفاسق والأعمى فكان هذا القول أقرب إلى إثبات حقائق كلمات القرآن من قول الخصم، فإنا أثبتنا حقيقة الشهادة[١] على وجهها وراعينا شروط الشهادة إلا أنا لم نردَّ بالتهمة لانقطاعها باليمين واللعنة المشروعة على الخصوص في الباب، وكذلك أثبتنا اليمين على الحقيقة.

والشافعي رحمه الله ألغى باب الشهادة إلا لفظا يراد به اليمين ثم ترك حد الكلام فيه فإن اللفظ متى أريد به غيره صار عبارة عن الغير فلا تجب المراعاة على الصورة في الشرع كقوله تعالى: ﴿أَوْ جَآءَ أَحَدٌ مِّنكُم مِّنَ ٱلْغَآئِطِ﴾ [النساء: ٤٣] لما صار عبارة عن قضاء الحاجة سقط اعتبار مجيء الغائط أصلا وكذا[٢] شَرعُها[٣] يمينا حجة للمدعي على إثبات دعواه وأنه خلاف القياس على ما بينا في مسألة يمين المدعي في كتاب الدعوى.

والدليل على ضعف قوله أن اليمين حيث تجعل قوة[٤] لا يثبت بها إلا ما نص عليه الحالف، وعند الشافعي تثبت بشهادات[٥] الزوج حرمةٌ منافية للنكاح، وكذلك لو رمى رجل رجلا بالزنا وأقام عليه البينة، وكذلك الشهود لو شهدوا على رجل بالزنا أو امرأة فشهدوا أن الرامي صادق لم يثبت بهذه الكلمة زنا على أحد،

---

[١] في «أ» (الشاهد).
[٢] «أ» (وكذلك).
[٣] «ص» (شرعا).
[٤] «ص»، «ن»، «أ» (حجة).
[٥] «ص» (بشهادة).

وكذلك لو شهدوا بزناهما مطلقا لم يثبت الزنا حتىٰ يصفوا الأمر علىٰ وجهه ، فكيف يثبت باليمين زنا موجب للحد علىٰ المرأة من غير نص علىٰ الزنا ولا صفة[١] للزنا ، وكذلك الحدود لا تجب مع الشبهات[٢] ، والأصل أن الإنسان متهم في حق نفسه ولا يكون قوله حجة له فحيث نجعل حجة تبقىٰ[٣] شبهة العدم فلا تثبت بها الحدود كما لا تثبت بشهادة النساء مع الرجال لشبهة تمكنت في شهادتهن لضرب غفلة يختص بها النساء موجبةٍ تهمة الغلط بل أولىٰ ، لأن تهمة الكذب لحق نفسه أكثر من تهمة الغلط في شهادة النساء ، فثبت أن قولنا: إنها شهادات حقيقة ويمين حقيقة قول بحقيقة[٤] الظاهر ، والشافعي مخالف للظاهر ، ثم في خلافه الظاهر قائل[٥] بما يرده القياس والفقه والاستدلال علىٰ ما بينا .

ونحن خالفنا سائر الشهادات بأن جعلناها شهادات للشاهد ولم نقبلها إلا يمين وإنما فعلنا ذلك نصا ، وضرب من القياس يدل عليه ، فشهادة الإنسان لم تقبل لنفسه للتهمة علىٰ ما بينا ، والأيمان شرعت لقطع التهمة[٦] كالمودع إذا قال: رددت الوديعة بريء عن الوديعة ، حتىٰ إذا مات لم يكن عليه شيء ويستحلف[٧] لقطع التهمة ، فكانت هذه اليمين موافقة للقياس من وجه ، وإن لم تكن من كل وجه حتىٰ لم يقس[٨] عليه غيره ، علىٰ أن هذه الشهادة ليست بشهادة محضة

---

[١] «ص» (جهة). .

[٢] «ص» (الشهادات).

[٣] «ص» (بنفي).

[٤] «ص» (يحققه).

[٥] «ن» ، «ص» (قابل).

[٦] «ن» ، «ص» (التهم).

[٧] «ن» (يحلف).

[٨] «س» ، «أ» ، (يقص) ، والمثبت من «ن» ، «ص» .

عندنا، بل هي شهادات من وجه وحدٌّ من وجه بالنص، فلم يجز اعتبارها بالشهادات المحضة ولا الحدود المحضة.

والدليل على أنها حد من وجه: أن الله ﷻ شرع لرمي المحصنات جلد ثمانين بقوله: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ﴾ [النور: ٤]، أي: فاجلدوهم بذلك الرمي جزاء له، فالفاء توجب التعلق بما ذكر أولا، كقوله: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقۡطَعُوٓاْ أَيۡدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] وكقولك لآخر: الذي يدخل الدار من عبيدي فأعتقه، ولا إشكال في هذه الجملة لغة، ثم نقل حكم ذلك الرمي إلى اللعنات في رمي الأزواج فقال: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ﴾ [النور: ٦]، أوجب الشهادة مقام قوله: ﴿فَٱجۡلِدُوهُمۡ﴾ [النور: ٤] بذلك السبب بعينه وهو رمي المحصنات لكن بزيادة وصف وهو أن يكون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم.

فالأصل في باب رمي المحصنات بالزنا حد الزنا على المرأة إذا جاء الرامي بأربعة شهود، وإذا لم يجيء فالجلد ثمانين على القاذف، وعند ذكر البدل في رمي الأزواج عُدم الشرطان جميعا، فالرامي لم يَعدم الشهود أصلا، لأن الله تعالى استثناهم من الشهود وجعلهم شهودا، وشهاداتِهم شهاداتٍ من وجه على ما بينا[١] فلم يوجد شرط وجوب حد القذف الذي هو أصل، ولم يوجد شرط أصل حد الزنا وهم الشهود الأربعة على الإطلاق[٢] بلا شبهة، ولما تكرر[٣] السبب الموجب للحد عند رمي الأزواج، وذكر له حكم آخر بشرط عدم ما تعلق الأصل

---

[١] «ص» (بلغنا).

[٢] «ص» (الأصل).

[٣] «ص» (وإنما يكون).

به علم أن الثاني بدل عن الأول كالتيمم بدل عن الوضوء، والصيام بدل عن العتق في باب الكفارات، ثم المذكور أولا في الأصل حدٌّ شُرِع[١] جزاء الرمي إذا عدم الشهود، وحدٌّ[٢] الزنا إذا وجد الشهادات[٣] الأربع، فكذلك ما ذكر في البدل يكون حدا جزاء على الرمي من حيث لا شهود، وجزاء الزنا على المرأة من حيث وجد الشهود.

والدليل عليه: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال حين جاءت الملاعنة بالولد على النعت المكروه: «**لولا الحد الذي مضى لكان لي ولها شأن**»(٤)، وفي رواية: «**لولا الأيمان التي مضت**»(٥)، ومعناه: لولا الأيمان التي هي حد الزنا بدلا عن الجلد ليكون توفيقا[٦] بين الروايتين، ولأن اليمين المحضة متى تبين كذبها بدليله لم يبق لها حكم كالبينة إذا قامت على المنكر[٧] بعد اليمين، فلما بقيت الأيمان مانعة عن حد الزنا ولم يبق لرسول الله شأن[٨] الإقامة[٩] بسبب الأيمان علم أنها حد فإن الحكم متى أُدِّي بالبدل ثم جاء شرط الأصل لم تجب إقامة الأصل، والأيمان شرعت حدا بدلا عن حد الزنا حال احتمال صدقها في إنكارها لعدم حجة قاطعة فإذا أقيمت في تلك الحالة قام مقام حد الزنا ولا يبقى عليها شأن

[١] «أ» (تجرع).
[٢] «ص» (وجزاء).
[٣] «ص» (الشهود).
(٤) سبق تخريجه.
(٥) سبق تخريجه.
[٦] «ن» (توقيفا).
[٧] «ص» (المذكور).
[٨] «ص» (بيان).
[٩] في «أ» (إلا أقامه).

للإمام[١] في إقامة حد الزنا.

❁ **فإن قيل**: إن الشهادات شرعت حجة مصدقة ومخلصا للزوج عن عهدة الرمي وهذه ضرب نعمة وكرامة فكيف يصلح حدا؟

❁ **قلنا**: الشهادات من حيث تكون صادقة هي حجة وكرامة ونعمة، ومن حيث تكون كاذبة فهي مهلكة حكما وموبقة إثما فكانت مثل الضرب بل أشد فإن الإنسان إذا خُوِّف بضرب لا يخاف منه تلفا لا يصير مكرها من حيث يصير[٢] وبال فعله على المكره، وإذا خاف إثما يصير كالذي يخاف التلف على نفسه، حتى إنَّ القاضي يكون وبال ما تلِف بقضائه[٣] على الشهود إذا تبين أنه بغير حق برجوع الشهود، وحتى أوجب الشافعي(٤) ﷺ القصاص على شهود القصاص إذا رجعوا بعد قتل المشهود عليه.

وكذلك الله تعالى هدد الكفار بالمباهلة والملاعنة، وكذلك قال النبي ﷺ للملاعن حين بلغ الخامسة: «اتق الله فإنها موجبة»(٥) أي موجبةٌ هُلكا من حيث الحكم والإثم، كالضرب الموجب[٦] ألما[٧] أو هلكا[٨]، ولما احتملت الشهاداتُ والأيمان واللعن معنى الحد إذا كانت كاذبة، ومعنى الكرامة إذا كانت

---

[١] «ص» (للإمام عليها بيان).

[٢] «ص» (يكون نفس وبال).

[٣] «ن» (نقصانه).

(٤) انظر: «مختصر المزني» (٨/٤٢١)، الحاوي الكبير (١٧/٢٥٣).

(٥) سبق تخريجه.

[٦] «س» (المؤلم)، والمثبت من «أ».

[٧] «ص» (إثما).

[٨] «س» (حكما)، والمثبت من «أ».

صادقة، وشرعت من وجه مقام الحد، ومن وجه مقام الشهود الأربعة، كانت شهادات من وجه، وحدًّا مِن وجه، ولم يتعين لها وصف مقطوع عليه.

والذي دل عليه: أن قوله: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ﴾ [النور: ٦] جناية مثل قوله: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ﴾ [النور: ٤]، فبالزوجية لا يضعف حال المرأة في عفتها وإحصانها بل يزداد، وقولُه: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍ﴾ [النور: ٦]، جزاء معلق به، لأن الفاء توجب التعليق على ما مر، ولما كان جزاء له وهو معصية علم أن المتعلِّق به من الجزاء حد، ومن حيث استُثْنُوا من الشهود كانت كرامة وحجة، والذي يوضحه: أنا أجمعنا أن الشهادات محرمة، إما حرمة مثل حرمة الرضاع أو مثل حرمة الظهار، والشهادات المحضة وكذلك الأيمان المحضة لا تُثبِت إلا ما نص عليه الشاهد والحالف، والشاهد نص على صدقه وليس تحت[١] الصدق إلا أنها زانية، والزنا لا يوجب حرمة كما لو ثبت بالبينة.

والحرمة فوات نعمة ومكروه كالحدود إلا أنه حكمي لا حسي، ولما كان[٢] مكروها ووجب[٣] عقيب الشهادات والرمي ولم يجز أن يجب بالشهادات علم أنها وجبت بالرمي، والمكروهُ الذي يجب بالرمي يكون حدا كالجلد ولم يجب بالإجماع بنفس الرمي مقصودا قبل الشهادة، ولا يجوز أن يجب بالرمي والشهادة لأن الشهادة محققة[٤] حكم الرمي في أنه معصية إن اعتبرت شهادة كالشهود الأربعة ثبت ضرورة أن الواجب بالرمي شهادات شرعت حدا[٥] بالرمي من حيث

---

[١] «ن»، «ص» (يجب).

[٢] «ص» (كانت).

[٣] «ص» (وقد وجبت).

[٤] «أ» (محرمة).

[٥] «س» (هذا)، والمثبت من «أ»، «ن».

أنها مؤثمة محرمة، كالجلد في الأجانب كان حدا من حيث أنه مؤلم محرِّم، إلا أنه يحرم قبول الشهادة وهذا يحرّم المتعة.

وتبيّن أنّ الشّهادات ليست بشهادات محضة ولا أيمان محضة، لأنها شرعت موجبة صدقا أو دافعة، فلا يجب معها ما فيه معنى الحد بوجه، فثبت أن اللعان من جانب الرجل[١] شهاداتٌ من وجه مؤكَّدة بأيمان تامة مزكاةٌ بلعنة موجبة قائمة مقام شهادات الشهود الأربعة، وحد من وجه قائم مقام حد القذف، ومن جانب المرأة حد قائم مقام حد الزنا من حيث كان اللعان شهادات من جانب الرجل[٢] وشهادات مصدقة إياها معارضة لشهادات الرجل من وجه لتصير شهادات الرجل بحكم المعارضة كذبا وحدّا فيتساويان في حكم اللعان لتساويهما في الدعوى والإنكار فما لقول أحدهما مزية على الآخر وهما في حقوق النكاح مشتركان على السواء أيضا.

ومعنى قول الله تعالى: ﴿وَيَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾ [النور: ٨] على المجاز فإن الله تعالى درأ عنها العذاب بأن شرع اللعان مقام الجلد إلا أن حقيقة القيام أداءٌ لما كان منها بأن تشهد، أضاف الله تعالى الدرء[٣] إليها حتى إذا أقرت ولم تشهد أقيم عليها العذاب، وهذا كما يقال: إذا قام إلى الصلاة ولم يجد الماء درأ الوضوء بالتيمم، ولهذا قلنا: المرأة إذا نكلت عن اللعان حبست لتلاعن لأنها حد من وجه وجب عليها مقام الجلد فيجبرها[٤] الإمام على الإقامة كالجلد، إلا أنه لا يمكنه ها هنا الإقامة بنفسه فيحبسها لتلاعن فاللعان هو الحد

[١] «ص» (الزوج).
[٢] «ص» (الزوج).
[٣] «ص» زيادة (عنها).
[٤] «ن» (فيخيّرها).

ولا يتصور إلا بلسانها ، ولهذا لم يجز اعتبار اللعان بالحد المحض ولا الشهادات المحضة ولا الأيمان المحضة بل بالجملة وهي شهادات وأيمان وحد[١] .

وإذا ثبت هذا خُرِّجت[٢] المسائل فقلنا: لا يجب اللعان[٣] إلا بقذف موجب للجلد[٤] لو كانا أجنبيين وسقط بالشبهة المسقطة[٥] لحد القذف ، ووجب حد القذف متى امتنع اللعان. بمعنى من جهة الرجل لأن الأصل هو الجلد ، والسقوط كان بقيام اللعان مقامه[٦] فمتى لم يؤد الحد بالبدل وجب الأداء بالأصل كالكفارة متى لم تؤد بالبدل حتى عدم شرط البدل وجب الأداء بالأصل ، وكذلك طهارة الصلاة.

وكذلك إذا أكذب الملاعن[٧] نفسه حُدَّ حدَّ القذف جلدا لأن الإكذاب رجوع والشهادات تنفسخ بالرجوع[٨] كالشهادات المطلقة في كل باب وإذا[٩] انفسخت حكما بطل الأداء بالبدل من الأصل فيجب الأداء بالأصل كالمكفر بالصوم إذا وجد ما يُعتق في اليوم الأخير لزمه الاستقبال بالعتق ، لأن ما مضى من الأداء ينفسخ بالوجود لآخر اليوم ، ولا يجب في غير حال الزوجية وإن وجد القذف حال الزوجية ، لأن تمام الحد في أنها شهاداتٌ مُؤثِّمة محرمة مثل حرمة

[١] «ص» (وحدود).
[٢] «ص» (خرجنا).
[٣] «ص» (الحد).
[٤] «ص» (للحد).
[٥] «أ» (بالشبه المسقط).
[٦] «ص» (مقام الحد).
[٧] «س» زيادة (عن) ، والمثبت من «أ» ، «ن» .
[٨] «س» (في الرجوع).
[٩] في «أ» (فإذا).

الظهار فلا تتصور في غير النكاح محرِّما كالظهار وبدون التحريم لا يتم حدا والبعض لا يكون شيئا[١] معتبرا فإن العبادات والكفارات والحدود[٢] المقدَّرة لا يتجزأ أداؤها ولا يكون للبعض منها عبرة.

وتبيّن أنّ اللّعان لم يشرع لقطع النسب[٣] مقصودا لما[٤] ذكرنا أنه حد، ومقادير الحدود لا تعرف إلا بالنص، وليس في كتاب الله قطع نسب ولا في السنة، ولأنه يجب حيث لا ولد ولا نسب، ولو كان حدا لِقطع[٥] النسب لم يجب دونه لما ذكرنا، وكذلك القذف في النكاح الفاسد لا يوجِب اللعان لوجوه[٦]:

أحدها: أنها غير محصَّنة بأن صارت موطوءة حراما.

والثاني: أن النكاح الفاسد حرام فلا يتصور فيه تحريم.

والثالث: أن الله تعالىٰ شرع هذا البدل بحيث لا يُعقل قياسا في رمي الأزواج، فلم يجز قياس غير الأزواج عليهم، بل في قصة نزول الآية ما يدل علىٰ القصر علىٰ الأزواج، فإنه روي أن آية الرمي لما نزلت قال سعد بن معاذ: أرأيت يا رسول الله الرجل يجد رجلا يخبث بامرأته لو قتله قتلتموه، ولو أخبر جلدتموه، ولو سكت سكت علىٰ غيظ؟! فأنزل الله تعالىٰ آية اللعان(٧).

---

[١] «ص» (سببا).

[٢] «ص» (العقوبات).

[٣] «ص» (السبب).

[٤] في «أ» (كما).

[٥] «ن» (بقطع).

[٦] «ن» (لمعنيين)، «ص» (لأمور).

(٧) رواه البخاري (٤٧٤٦)، ومسلم (١٤٩٢).

فالله[١] تعالىٰ خصّ الأزواج بهذا الحكم لخصوصية غيظ يلحقهم بحكم غيرة الفحل بحليلته طبعا إن ستر عليها أو صبر مخافة الجلد ليمكنه الخبر مما رأىٰ حال عدم الشهود الأربعة بلا جلد يقام عليه وأنه ينعدم حيث لا زوجية[٢] شرعا فالغيظ يلحقه في الفاسد بحكم هوىٰ نفسه، فالإمساك حرام شرعا فلا يكون[٣] غيرة[٤] توجب رخصة وروي أن الآية نزلت في هلال بن أمية فإنه كان غائبا فقدم فوجد رجلا علىٰ بطن امرأته يخبث بها فأخبر رسول الله بذلك فقال: ائتني بشهود أربعة وإلا فجلد[٥] في ظهرك قال هلال بعد ذلك: أرأيت يا رسول الله إذا وجد الرجل رجلا يخبث بامرأته إن قتل قتلتموه، وإن أخبر جلدتموه، وإن سكت سكت على غيظ، فأنزل الله تعالى آية اللعان[٦]، ومن حيث أنها شهاداتٌ لا تجب إلا على من كان من أهل أن تقبل شهادته فلا يلاعن العبد والكافر مع المسلم والمحدود في القذف لا يلاعن لأن الله تعالىٰ حرم قبول شهادته بقوله: ﴿وَلَا تَقْبَلُواْ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًاۚ﴾ [النور: ٤] وإنما حرمه تكملة للحد فلم يرتفع بانتفاء التهمة باليمين واللعن كما لا تقبل بعد التوبة، فأما الفاسق فلا تقبل شهادته للتهمة فيجب القبول إذا انتفت التهمة باليمين واللعن كما لا تقبل بعد التوبة، فأما الفاسق فلا تقبل شهادته للتهمة فيجب القبول إذا انتفت التهمة باليمين واللعنة كما تقبل بعد التوبة وكذلك في حق نفسه علىٰ ما مر بيانه، والله أعلم.

---

[١] في «أ» (فإن الله).

[٢] «ص» (الزوجية).

[٣] زاد في «أ» (له).

[٤] «أ»، «ن» (عبرة).

[٥] «ن» (نجلد).

[٦] رواه البخاري (٢٦٧١).

ويدل عليه: ما روىٰ محمد بن الحسن في "الأصل" وصاحب المشافهات(١) في تفسيره بإسناده عن النبي ﷺ وكذلك عن ابن عمر رضي الله عنهما، عن النبي ﷺ أنه قال: «لا لعان بين المحدود في القذف وامرأته، ولا بين المسلم وامرأته الكافرة، ولا بين العبد وامرأته»(٢)، فهذا خبرٌ نص لا يحتمل التأويل.

|٧٥٢| مسألةٌ: ثم الحرمة لا تثبت بلعان الرجل وحده لأنها ثبتت بالسنة وهو قوله ﷺ: «المتلاعنان لا يجتمعان أبدا»(٣)، أو تفريق النبي ﷺ بين المتلاعنين. وقوله: «المتلاعنان لا يجتمعان أبدا»(٤)، يوجب تعلق ذلك بتلاعنهما لأنه ﷺ أضاف حرمة الاجتماع إلىٰ شخصين اتصفا بالتلاعن ولن يعمهما[٥] صفة التلاعن حقيقة حتىٰ يتلاعنا، وغيره مجاز، ودل علىٰ أن الحرمة حرمة اجتماع وذلك[٦] حرمة التمتع بها كما تكون بالظهار، فأما الحرمة مثل حرمة الرضاع فلا تكون تحريم اجتماع بل تكون تحريم ذاتها[٧].

وقوله: إن الحرمة أبدا لا تثبت إلا بمثل الرضاع فنعم إذا كانت الحرمة مضافة إلىٰ ذاتها، كقوله تعالىٰ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] الآية. وها هنا: مضافة إلىٰ فعل الاجتماع، والأبدُ ليس بصفة للحرمة في نفسها ما عاشت

(١) هو أبو الحسين علي بن إسحاق بن إبراهيم الحنظلي السمرقندي (ت٢٣٧هـ). انظر: «الثقات» (٤٦٦/٨)، و«الأنساب» (٢١٠/٣).

(٢) رواه عبد الرزاق في مصنفه (١٢٧/٧)، وانظر: «المبسوط» (٤٠/٧).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) سبق تخريجه.

[٥] «ص» (يسم لهما).

[٦] «ص» (وهي).

[٧] «س» (ذلك)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

بل لتعلقها بالوصف المذكور وهو كونهما متلاعنين كقولك المصليان لا يجامعان[١] أبدا، وكذلك الصائمان، فيدل[٢] الأبد لبيان أن الجماع يحرم بالصلاة والصوم أبدا لا لبيان أنها متأبدة بالمصلي صلى[٣] أم فرغ فكذلك ها هنا يدل الأبد على ثبوت الحرمة بالتلاعن أبدا ما بقي فأما إذا بطل اللعان شرعا باعتراض ما يبطله فلا تبقى الحرمة لزوال سببه[٤].

ولأن التحريم لما كان مشروعا تتمة للحد وتحقيقا لمعناه شرع بعد اللعنين لأن الشهادات حد من الجانبين ليتحقق بالتحريم زجرا للمرأة عن الزنا في الزوجية وللرجل عن الكذب فيها.

❁ فإن قيل: لو كان اللعان حدا لما بطل بعد الإقامة؟

❁ قلنا: إن الصلاة عبادة وتبطل بعد الإقامة بالردة[٥] لأنها ثبتت حقا للعبد بشرط أن يكون أهلا للجنة فإذا ذهبت الأهلية لا يبقى مستحقا لما أداها فكذلك اللعان وإن كان حدا ففيه معنى الكرامة، على ما مر، ومعنى الكرامة ثابت للعبد بشروط: أن يكون أهلا للشهادة، وأن يكون على التكاذب، فإذا تبدلت شروط الأهلية لا يبقى المؤدى من اللعان حقا له ويصير كأنه لم يلاعن فلا تبقى الحرمة المتعلقة بلعان صح مؤدًّى حدًّا.

فأما الجواب عن قوله: فرض عليه قطع النسب فإن الفرض بقدر المكنة

[١] «ن» (يجتمعان).
[٢] «ن» (فتذكر).
[٣] «ص» (صام).
[٤] «ص» (نسبها).
[٥] «أ» (بالرد).

فإذا لم يكن معه حجته لم يمكنه شرعا فلا يفترض[١] عليه النفي كما قلتم أنتم في أم الولد إذا جاءت بولد من زنا ولم يكن المولي استبرأها[٢] بعد وطئه بحيضة فإنه لا يمكنه نفيه بغير لعان ولم يشرع اللعان لقطعه ويلزمه أن يسكت[٣] وتكون هذه المسألة نقضا لما اشتبه[٤]، ولأن النسب[٥] حكم لا يحتمل القطع قصدا فلا يمكن أن يقال شرع اللعان لقطعه، فأما التحريم فيمكن إثباته قصدا فاستقام أن يقال: شرع اللعان محرما.

ثم يقال: إذا فرق بينهما باللّعان وصارت الشهادات من الرجل صادقة من وجه وتحققت الجناية حتى أبطل النكاح الذي به صارت مؤتمنة للماء قضى القاضي بقطع النسب بناء على أنه أعلق[٦] من الزنا كما لا يثبت النسب من الصبي إذا ولدت امرأته فيكون الانقطاع بناء على تحقق الانخلاق[٧] من ماء الزنا بدلالة شرعية في ذلك الباب لا مقصودا باللعان ولا صفة له ليكون من الحد فصار الحد عندنا شهادات ولعنات مؤثمة محرمة لا غير وانقطاع النسب بعد ذلك أمر زائد بسبب حادث باللعان لا بالقذف وهو تحقق انخلاق الولد بماء الزنا بدليلٍ جُعل دليلا في ذلك الباب شرعا وهو الشهادات، فإن النبي ﷺ قطع النسب ولم يتقدمه إلا الشهادات ولها أثر فيه من الوجه الذي قلناه. فيضاف إليها، ولما أضيف إليها بالواسطة الثابتة بالشهادة لا إليها بعينها[٨]، فليس فيها نص على أمر الولد لم

[١] «أ» (يفرض)، «ص» (يعترض).
[٢] «ص» (اشتراها).
[٣] «ن» (سكت).
[٤] «س» (أسسه)، والمثبت من «أ».
[٥] «أ»، «ص» (السبب).
[٦] «ن» (انخلق)، «ص» (خلق).
[٧] «ص» (الانقطاع).
[٨] «س»، «أ»، «ص» (نصها)، والمثبت من «ن».

يثبت إلا بالقضاء لأن ما لم يجب بنص الشهادة لا يجب إلا بقضاء[١]، فكذلك ما ثبت بواسطة يثبت بالشهادة، ولهذا قال علماؤنا: لا تثبت الفرقة بينهما إلا بالقضاء لأنها إما أن تثبت بنفس الشهادة من حيث أنها شهادة لا حد، أو بواسطة تثبت بالشهادة وفي الحالين لا يجوز أن تثبت إلا بالقضاء.

وروى عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين(٢)، وعن النبي أنه لاعن بين رجل وامرأته فلما فرغا من اللعان فرّق بينهما(٣)، وحقيقته لإحداث الفرقة لا لإظهارها، فثبت أنها تجب بتفريق القاضي بعد التلاعن، وروي في قصة العجلاني أنه لما فرغ عن اللعان قال: كذبت عليها إن أمسكتها فهي[٤] طالق ثلاثا(٥)، أظهر لرسول الله أنها امرأته بعد اللعان وأنه طلقها، فلو كانت بانت لما حل لرسول الله أن لا يرد عليه.

❁ **فإن قيل**: قال له رسول الله: «**لا سبيل لك عليها**»(٦).

❁ **قلنا**: وكذلك نقول ما له عليها سبيل الإمساك بعد التلاعن، فالشافعي خالف السنة من ثلاثة أوجه:

أحدها: إيجاب الفرقة بلعنات الرجل وحده.

والثاني: الإيجاب بلا قضاء.

---

[١] «س» (الانقضاء)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٢] رواه البخاري (٥٣٠٦)، ومسلم (١٤٩٤).

[٣] رواه البخاري (٥٣١٤)، ومسلم (١٤٩٤).

[٤] في «أ» (أمسكها هي).

(٥) رواه البخاري (٥٢٥٩)، ومسلم (١٤٩٢).

[٦] رواه البخاري (٥٣١٢)، ومسلم (١٤٩٣).

والثالث: إيجاب حرمة كحرمة الرضاع صفة لذاتها لا لفعل الاجتماع[١].

ثم قال أبو يوسف رحمه الله: الحرمة متأبدة بلا طلاق كحرمة الرضاع لقوله عليه السلام: «المتلاعنان لا يجتمعان أبدا»(٢)، ولا يتأبد حرمة الاجتماع إلا بما قلناه، وحرمة الاجتماع قبل القضاء ليست بحرمة لعان بل لأن الشهادات أوجبت الحرمة الغليظة فتجب الحيلولة قبل القضاء بالحرمة كما إذا شهد شهود عدول بالرضاع فإنهما لا يجتمعان، وإن لم تثبت الحرمة الغليظة إلا بالقضاء.

ولأنا أجمعنا أن القاضي يقضي بالتفريق وقطع النكاح ولم يسبق أمر غير القذف والشهادة، ولا يجوز أن يجب بالشهادة لأنها لم تنص على ما يوجب الفرقة فثبت أنها وجبت بالقذف حدا إلا أن النبي عليه السلام لما فرق بعد اللعان علم أنه مقصود بنفسه كاللعان فصار الحد لعنات وتحريمٌ أبدا كالجلد والنفي على أصل الشافعي في الزنا لا لعنات محرمةٌ كالجلد في باب القذف شرع[٣] محرما لقبول[٤] الشهادة بنفسه فإنه لو كان كذلك لوجب بنفس اللعان ولم يكن للقاضي[٥] بعده شغل، ولأنه[٦] لما أضيفت إلى لعنات الزوجين واشتركا في إيجابها لم يجز أن يكون[٧] طلاقا لأن المرأة لا تملك الطلاق.

والجواب عنه: أن الحد لعنات مؤثمة محرمة لكن حرمة كحرمة الظهار

---

[١] «أ» (الإجماع).

(٢) سبق تخريجه.

[٣] «أ» (شرعا).

[٤] «ص» (قبول).

[٥] «ن» (للعاصي).

[٦] «أ»، «ن» (لأنها).

[٧] «ص» (لم يكن).

وذلك يثبت بنفس اللعان كحرمة قبول الشهادة بالجلد في حق[١] القذف ولما ذكرنا أن التحريم ثبت بقوله: «لا يجتمعان»، وهذا لا يوجب إلا حرمة الفعل، والتفريق بعد ذلك ليس بحد كقطع النسب حتىٰ لو طلقها وأبانها قبل التفريق كان اللعان[٢] الماضي حدا تاما حتىٰ لو أراد أن يتزوجها لم يكن له ذلك بتحريم اللعان إلا أن يعترض ما يبطل اللعان ولو كانت تلك الحرمة من الحد لما تم اللعان حدا بدونها[٣] كما لا يتم بدون النكاح وتحريم المتعة.

إلا أن الشرع لم يبقهما[٤] علىٰ النكاح بعد ثبوت حرمة المتعة [وفوات الإمساك بالمعروف بسبب إباء الآخر فإن الإمساك بالمعروف شرعا بسبب هو معصية وهو الرمي كما إذا أسلم أحدهما وأبىٰ الآخر الإسلام حتىٰ حرمت المتعة بسبب إباء الآخر وفات الإمساك بالمعروف شرعا بسبب هو معصية تعين التفريق شرعا فيجب علىٰ القاضي إمضاؤه إذا تعذر من جانب من جاءت المعصية من قِبله.

فثبت أنّ هذه الفرقة ليست بحدّ ولا ثابتة بنص الشهادة بل بواسطة فوات ثمرة النكاح وغرضه كما يقضي[٥] بقطع النسب لا حدا ولا بنص الشهادة بل بواسطة تحقق الولد من ماء الزنا بدليله علىٰ ما مر، فثبت أنه نظير القضاء بقطع النسب ثم السبب الموجب لهذه الواسطة قذف الرجل فكان التفريق مستحقا عليه

---

[١] «ن»، «ص» (حد).

[٢] «س»، «أ» (للعام)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٣] «ص» (أبدا بها).

[٤] «س» (ينقها)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٥] «ن» (بعض).

لما فات الإمساك بالمعروف مضافا إليه ، فإن المرأة مضطرة إلى اللعان[١] والرجل اضطرها إليه ، ولما كان [مستحقا][٢] عليه والقاضي نائب عنه كان طلاقا ولم يكن مضافا إلى المرأة كالفرقة بالعُنة حتى لو كان القذف في المرض واللعان صار الرجل[٣] فارا ، وتفريق رسول الله بعد التلاعن لا يدل على الوجوب بالقذف[٤] كقطع النسب بل جاز أن يكون به وبأمر حدث بعده ، فكانت علة[٥] فلا يصير من الحد مع الاحتمال إنما الحد قدر ما لا يحتمل وهو قوله: «المتلاعنان لا يجتمعان أبدا» ، فإنه مضاف إلى الوصف القائم وهو التلاعن والله أعلم.

فصار أبو يوسف زائدا على الحدّ صفة الحرمة المنافية لأصل الملك ولا سبيل إليه بالقياس والنص لا يوجبه فبطل وبقيت الحرمة[٦] الثابتة قبل القضاء حدا وهي بالإجماع مرتفعة إذا ارتفع اللعان.

ومن مشايخنا من يقول: إن الأحكام الثابتة بعلل لا تبقى بدون العلل[٧] ، غير أن الحرمة[٨] الثابتة بالرضاع لا ترتفع لأن الرضاع لا يتصور ارتفاعه بحال ، وكذلك الوطء الموجب للمصاهرة[٩] ، واللعان من حيث أنه حد يتصور ارتفاعه

---

[١] «س» (اللون) ، والمثبت من «أ» ، «ن» ، «ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «س» ، «أ» ، «ن» ، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (الزوج).

[٤] في حاشية «أ» (بعد القذف).

[٥] «ص» (عليه).

[٦] «س» (الحرة) ، والمثبت من «أ» ، «ن» ، «ص».

[٧] «ص» (اللعان).

[٨] «س» (الحرة) ، والمثبت من «أ» ، «ن» ، «ص».

[٩] «ص» (لحرمة المصاهرة).

فلا يبقى [بدون][١] ما ثبت وصفا له أو حكما له بدونه[٢].

إلا أن أبا يوسف يقول: الحرمة ثبتت من الحد[٣] مقصودة بالقضاء فلا يرتفع القضاء بإكذابه نفسه ولا أيضا بخروجه عن أهل اللعان لأنه لا يخرج عن أهل الحرمة فتبقى الحرمة ببقاء الأهلية في حقها فثبت أنه لا وجه للمسألة غير ما قلنا أن الحرمة لا يجوز أن تثبت من الحد مقصودة بل الحد هو اللعان المؤثم المحرم فيرتفع بارتفاع اللعان، والله أعلم.

|٧٥٣| مسألةٌ: إذا نفى[٤] حبل امرأته لم يجب اللعان عندنا، لأن القذف في ضمن نفي الولد ولم يثبت نفي الولد لاحتمال أنه لا حبل لها[٥].

وما روي أن النبي ﷺ لاعن بنفي الحبل، فتأويله عندنا أنه قال لها: حبلت من زنا، لما ذكرنا أن القذف لا يتحقق بدون تحقق الحبل.

|٧٥٤| مسألةٌ: فإن ولدت لأقل من ستة أشهر تلاعنا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لأنه تبين أنه نفى حبلا قائما وكان بمنزلة من نفى الولد بعد الولادة وأنكر الولادة فشهدت القابلة فإن اللعان يجب، لأنه تبين بالشهادة أنه نفى ولدا ولدته في نكاحه فيجب.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «س»، «أ»، «ن»، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (يدوم).

[٣] «س» (الحل)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٤] «ص» (بقي).

[٥] «أ»، «ن»، «ص» (بها).

إلا أن أبا حنيفة ﷺ لا يوجب به لعانا لأنه إنما يصير قذفا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر فصار في صورة قذف متعلق بشرط، وإن كان تثبتا في المعنى والصورة توجب الشبهة ولو تحقق القذف معلقا بشرط لم يوجب الحد فكذا إذا أشبه المتعلق[١] لأن الحد لا يجب مع الشبهة، والله أعلم.

|٧٥٥| **مسألةٌ**: إذا تلاعنا ثلاثا ثلاثا وفرق القاضي بينهما نفذ قضاؤه بالفرقة وقد أخطأ السنة.

وقال الشافعي رحمه الله(٢): القضاء باطل لأن المذهب عنده أن هذه الفرقة لا تتعلق بالقضاء بل بلعنات الزوج بكمالها فلا يتصور ثبوتها قبل الكمال، قال: ولئن سلمنا أنها تجب بالقضاء فولاية القضاء تثبت للقاضي بعد حجة ذات[٣] عدد فلا ينفذ[٤] قبل كمال العدد كقضاء[٥] القاضي بالرجم بعدما شهد ثلاثة من الشهود أو القضاء بحد القذف[٦] بعدما قام شاهد واحد أو بالمال بعد شهادة رجل وامرأة، ولأنكم تقولون: أخطأ السنة، والقضاء بخلاف السنة لا ينفذ.

والجواب ـ وهو الطريق ـ: أنه قضى بالاجتهاد في موضعه فينفذ كسائر القضايا التي اختلف فيها الفقهاء بالاجتهاد فإنها تنفذ وإن خالف رأينا. وإنما قلنا

---

[١] «ص» (المعلق).

(٢) انظر: «الأم» (١٣٨/٥ ـ ١٣٩)، «مختصر المزني» (٣١٢/٨ ـ ٣١٣)، «الحاوي الكبير» (١٥٩/٨).

[٣] «ن» (وإن).

[٤] «ن» (يبعد).

[٥] في «أ» (بقضاء).

[٦] «ص» (بالقذف).

ذلك لأن النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين بعد اللعنات كلها فصار ذلك وقتا لوجوب القضاء وليس في الخبر[١] أنه لا يجوز التقديم عليها فكان[٢] القضاء بالحرمة قبل ذلك أمرا مسكوتا عن النص فإذا[٣] اجتهد فأقام الأكثر مقام الكل وأمضىٰ حكمه علىٰ ذلك كان اجتهادا في موضعه، لأنا في كثير من المواضع أقمنا[٤] الأكثر مقام الكل في إيجاب الأحكام تحليلا وتحريما وإيجابا، وليست هذه كالشهادة، فالشهادة حجة تبين عددها شرعا فلا يبقىٰ للاجتهاد مدخل في إقامة الأكثر مقام الكل فإن الحجة إذا تبين قدرها شرعا لم يكن لبعضها حكم الحجة بوجه، وكذلك العلل الشرعية. وكذلك المقدرات التي لا تحتمل التجزؤ.

والفرقة ها هنا غير واجبة بهذه الشهادات علىٰ ما مر لتكون من تلك الجملة بل تجب بالقذف إلا أن موضعها بعد اللعان فإذا اجتهد وأقام الأكثر مقام الكل كان اجتهادا في موضعه، وقوله: أخطأ السنة. ليس أنه[٥] سنة لرسول الله بخلافه بل سنة المقايسة فإنها من السنة وكل مجتهد خالف غيره كان مخطئا لسنة القياس عند مخالفه[٦] إلا أن الخطأ إذا كان بينا يُخطَّأ أو يُشنَّع عليه ولا يضلل، وإذا لم يكن بينا يسكت عنه، والله أعلم.

---

[١] «ص» (القضاء).

[٢] في «أ» (وكان).

[٣] في «أ» (وإذا).

[٤] «ن» (نجعل).

[٥] «ص» (يريد).

[٦] «ص» (مخالفته).

القول في العدة

فإنها مشروعة بعد الفراق، فنَحتاج إلىٰ معرفة:

* سبب وجوبها.
* وركنها.
* ومحظوراتها.
* وما يُقدر به مدتها.
* وما يثبت فيها للزوج.

وللناس اختلاف فيها:

أما الكلام في السبب، فقد مرَّ في كتاب النكاح، فالسبب[١] عندنا: نكاح متأكد بالتسليم[٢] أو ما يجري مجراه من الموت[٣]. وعند الشافعي رحمه الله(٤) السبب هو الماء في فرق[٥] الحياة.

فنتكلم في الركن:

[١] «ص» (فسبب وجوب العدة عندنا).

[٢] «ص» (بالتسليم).

[٣] «ص» (أو ما يقوم مقامه بما يوجب كمال المهر عند ثبوت ما يوجب الفرقة لا الفرقة فإنها شرط وقد بينا في غير هذا الموضع).

(٤) انظر: «الأم» (٥/٢٣١ ـ ٢٣٢)، «مختصر المزني» (٨/٣٢٥ ـ ٣٢٦)، «الحاوي الكبير» (١١/٢٢١).

[٥] «ص» (عرف).

فَصْــلٌ
في ركن العدة

/٧٥٦/ [مسألةٌ]: قال علماؤنا رحمهم الله: ركن العدة حرمات ثابتة إلىٰ أجل ينقضي، والكف عن هتكها يجب احترازا عن الوقوع في الحرمة لا أنه ركن العدة.

وقال الشافعي رحمه الله(١): الركن كف المرأة نفسها عن أفعال نذكرها، وتحرم[٢] تلك الأفعال لما في استحلالها زوال الكف الذي هو ركن العدة.

والمسألة التي تخرج عليها أن العدتين تتداخلان وتمضيان[٣] بمدة واحدة أم لا[٤]؟!

قال علماؤنا رحمهم الله: تتداخلان[٥]، وهو مذهب معاذ بن جبل وجابر بن عبد الله.

وقال الشافعي رحمه الله(٦): لا تتداخلان، ولا يتأدىٰ كل عدة إلا بمدة علىٰ

(١) انظر: «الأم» (٥/٢٣١ ـ ٢٣٢)، «مختصر المزني» (٨/٣٢٥ ـ ٣٢٦)، «الحاوي الكبير» (١١/٢٢١).

[٢] «ص» (ذم).

[٣] «ص» (تنقضيان).

[٤] «ص» (عندنا).

[٥] في «أ» (وتتداخلان).

(٦) انظر: «الأم» (٥/٢٣١ ـ ٢٣٢)، «مختصر المزني» (٨/٣٢٥ ـ ٣٢٦)، «الحاوي الكبير» (١١/٢٢١).

حدة، وهو مذهب عمر وعلي رضي الله عنهما.

واحتج بقول الله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] أي يكففن[١] أنفسهن عن نكاح آخر ووطء آخر لأن التربص وإن كان فعلا لازما فإذا أضيف إلى مفعول بكلمة الباء يصير متعديا كقولك أتى به، وجلس[٢] به، بمعنى أجلسه[٣] وأحضره.

فصار ركن العدة كف النفس عن الوطء وخلط المياه لحق الزوج ثلاثة قروء أو أشهر ثم أمرت بكفها ثلاثة أشهر على التنكير لحق الوطء عن شبهة والنفس الواحدة إذا صارت مكفوفة لحق الزوج لا يمكن كفها لحق آخر مثله في تلك المدة على أن يكون الكف مقصودا مؤدى بالآخر[٤]، كما في المال الذي يكفر به بالتمليك لا يصلح محلا لكفارتين[٥] لأن تمليكين لا يُحلانه في ساعة فكذلك كفان[٦] لا يحلان نفسا واحدة في ساعة واحدة، فثبت أن الركن كف النفس ولكن إلى أجل وإلى مدة فسميت المدة أجلا مجازا وهو في الحقيقة تقدير لركن[٧] الكف الذي هو عدة كما في الصوم إلى الليل.

وكذلك قول الله تعالى: ﴿فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ﴾ [الطلاق: ٤]، لأن الاعتداد فعل منها، يقال، اعتدت المرأة، ويقول الزوج: اِعتدِّي وينوي[٨] به طلاقا يصح

[١] «ن» (يكتفي).
[٢] «ص» (ذهب به).
[٣] «ص» (أذهبه).
[٤] «ص» (بالأمر).
[٥] في «أ» (للكفارتين).
[٦] «أ» (كفارة).
[٧] «ن» (بركن).
[٨] «س»، «أ» (نوى)، «ص» (يعني به)، والمثبت من «ن».

والاعتداد فعل لا محالة فثبت أن[١] الركن فعل والوقتُ الواحد يضيق عن فعلين من جنس واحد من فاعل[٢] واحد لا يتصور منه في ساعة جلستان ولا قومتان ولا اعتدادان لأن الفعل منه[٣] بالآلة، فإذا اتحدت الآلة لم يتصور فعلان إلا على الترتيب في زمانين، ولأن من قيل له: عد[٤] ثلاثة أيام لأمر كذا وعد ثلاثة أيام لأمر آخر لزمه عدُّ ستة أيام، لأن النكرة متى كررت[٥] صار الثاني غير الأول.

وهو المعنى الفقهي[٦] في المسألة: أن العدة فرض كف في مدة فلا يتأدى فرضان بمدة واحدة كالصوم، إلا أنها إذا خرجت ولم تكف عن النكاح انقضت العدة وإن عدم الكف، لأن العدة عندنا تجب صيانة للماء والنسب[٧] إما حقيقة وإما حكما، والصيانة بالكف عن الوطء والنكاح، فكان الكف عنهما فرض أصل وعن الخروج والتزين تبعا[٨] كما في الصوم: الكف الأصلي هو كف عن اقتضاء الشهوات[٩] وعن الغيبة والقبلة مع الخوف، وذوق الطعام تبعا فيفوت الصوم بالأصل دون التبع فكذلك ها هنا تفوت العدة عندنا بفوت الأصل وهو الجماع ولا يحتسب وقت الجماع من العدة دون الخروج، لأنه تبع ودون النكاح لأنه لا يثبت وإن تلفظ به فلم يفت الكف عنه. غير أن الصوم لا يتأدى إلا متصلا فإذا

[١] في «أ» (بأن).
[٢] «ص» (فعل).
[٣] هاهنا في «س» كلام مضروب عليه بقدر ٣ لوحات تقريبا.
[٤] «ص» (عدد).
[٥] «س» زيادة (و)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».
[٦] «س» (العنى القوي)، والمثبت من «أ»، «ن».
[٧] «ص» (والسبب).
[٨] «ص» (معا).
[٩] «ص» (الكف عن قضاء شهوتي البطن والفرج).

فات[١] شيء منه وجب الاستقبال، والعدة تتأدىٰ متفرقة فلا يجب الاستقبال.

ألا ترىٰ أن المعتدة إذا تزوجت بزوجها الأول ثم طلقت وجب إكمال العدة الأولىٰ في قول محمد، وعلىٰ قول أبي حنيفة لا يبطل ما مضىٰ من العدة قبل النكاح فلا يجب الاستقبال بفوت الكف زمان الوطء، والله أعلم.

بخلاف مدة التحريمات لأفعال كثيرة فإنها تنقضي بزمان واحد لأنها توقيت للحرمات والحرمات مما تجتمع في ساعة واحدة، وكذلك الآجال في حقوق الناس هي لتحريم المطالبات[٢] بها في تلك المدة فكانت من نظير الأول، وهذا لأن الواجب بالحرمات علينا أن ينعدم فعلنا[٣] إياها والوقت الواحد ينعدم فيه أفعال كثيرة لا تضايق في العدم فأما ها هنا فالواجب فعل تربص[٤] واعتدادٍ للزوج أو لماء الواطئ مقصودا لكل رجل ولا يتصور تربصان في وقت واحد ولا اعتدادان كما لا يتصور صومان وجلوسان في ساعة واحدة.

ولا يلزم إذا طلقت المرأة ولم تشعر حتىٰ انقضت العدة[٥]، فإن العدة تنقضي لأن التربص حاصل وإن لم تشعر فالتربص أن لا تتزوج وأن لا توطئ غيره وأنه كالرجل ينوي الصوم ليلا ثم يغمىٰ عليه فيمضي اليوم ولا يشعر به يصير صائما لأن فعل الصوم في كف نفسه عن اقتضاء الشهوتين وقد حصل بلا قصد منه إليه إلا أن الواجب للعبد علىٰ المرأة واقع علىٰ نفسها بأن تكون محتَبسة كما في النكاح، وكالرجل يستأجر رجلا يوما لعمل فإنه يتأدىٰ بغير نية إذا سلم نفسه

[١] «س» (فاق)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٢] «ص» (المطلقات).

[٣] «أ» (فقلنا).

[٤] «س» (تصرف)، والمثبت من «أ»، «ن».

[٥] «أ» (المدة).

لأن المستحق بالعقد متعين وهو منافع ذلك اليوم أو ما يتأدىٰ منه في المدة، والواجب بأمر الله عمل صوم في الذمة كما يُستحق العمل علىٰ الأجير المشترك فلا يتأدىٰ بتسليم النفس في المدة حتىٰ يسلم العمل المأمور به إلىٰ مستحقه وما لم ينو أنه يكف لله تعالىٰ لا يصير متعينا لله لأن نفس الكف قد يكون للحمية وقد يكون طاعة لله فما لم ينو أنه[١] لله لا يصح. وفي مسألتنا هذه يتأدىٰ بنفس التربص[٢] لا يحتاج إلىٰ أن تنوي أنه للزوج لأن النية للإخلاص والإخلاص شرط العبادة وليس بشرط لما يقع للعباد وإذا لم يتصور اعتدادان في وقت واحد تأخرت إحداهما ضرورة كرجل طلق إحدىٰ امرأتيه تأخرت العدة إلىٰ حين البيان لأن المجهولة لا يمكنها أن تعتد.

وهذه المسألة تبين أن الواجب فعل علىٰ المرأة لا حرمة، فجهالة المطلقة لا تمنع ثبوت حرمة مؤقتة، إنما تمنع الخطاب بإقامة فعل، فما في التحريمات إقامة أفعال ليحتاج إلىٰ معرفة الفاعل إنما هي حرمة أفعال فيحتاج إلىٰ معرفة المحرمات من الخرجة والوطء والنكاح وهي معلومة، والله أعلم.

ولعلمائنا[٣]: قول الله تعالىٰ: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ﴾ [الطلاق: ٤] وقوله تعالىٰ: ﴿فَإِذَا بَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ﴾ [الطلاق: ٢] وقال: ﴿حَتَّىٰ يَبۡلُغَ ٱلۡكِتَٰبُ أَجَلَهُۥۚ﴾ [البقرة: ٢٣٥] فالله تعالىٰ سمىٰ العدة أجلا والآجال لأفعال[٤] وحقوق إذا اجتمعت علىٰ واحد[٥] أو لواحد انقضت بمدة واحدة

---

[١] «ن» (به).

[٢] «س» (التصرف)، «ن» (الكف)، والمثبت من «أ»، «ص».

[٣] «ص» (ولنا).

[٤] «ص» (الأفعال).

[٥] «ص» (واحدة).

كرجل ثبتت عليه ديون مؤجلة، لأناس فإنها تنقضي بساعة[١] واحدة.

ولأنه لما ثبت أن العدة مدة أجل علم أن الثابت من الحكم ما يجب بانقضاء الأجل فإن الأجل لتأخير ما كان يجب عند مضيه كالمطالبة في الدين ثم الثابت بانقضاء الأجل ها هنا حل النكاح والخروج، علم أن الثابت كان تأخيرَ الحل الذي كان قبل النكاح وحرُم بالنكاح فكان ينبغي أن يزول بالطلاق، فتأخر بالعدة، وإذا كان الركن حرمة النكاح والخروج عليها إلىٰ حين أو تأخر حل[٢] الخروج والنكاح الثابت بالطلاق لولا الأجل بأن[٣] كان قبل الدخول بها صح الاجتماع في وقت واحد لأنها حرمات وتأخر حقوق لا وجود أفعال إلا أنَّ الحرمة لما ثبتت وجب علىٰ المرأة أن تتربص في بيت الزوج[٤] لا أن التربص ركن ولكن لكي لا تباشر فعلا حراما كما يجب علىٰ الرجل الكف عن الزنا إذا نشطت نفسه فيه لا لأن الكف ركن في تحريم الزنا بل الركن حرمة الزنا في نفسه ويجب الكف لئلا يقع في الحرام.

وهذا هو المعنىٰ الفقهي ابتداء في المسألة: وهو أن ركن العدة حرمة أفعال عليها معلومة بسبب الزوج والواطئ جميعا إلىٰ مدة فتنقضي بمدة واحدة لأنه لا تضايق للحرمة والترك علىٰ ما قاله الخصم، وكحرمة المطالبة بالدين المؤجل له علىٰ زيد وعمرو تنقضي بمدة واحدة[٥] وإن حرمت لرجلين.

وهذا لأن الثابت بالأجل حرمة مطالبة فصلح الوقت الواحد لحرمات كثيرة

---

[١] «ص» (بمدة).

[٢] «ن» (علىٰ).

[٣] «ن» (فإن).

[٤] «ص» (فيثبت للزوج).

[٥] «ص» زيادة (وكذلك إذا كان الدينان لرجل واحد علىٰ رجل أو لرجلين علىٰ رجل).

فكذلك الثابت بالاعتداد أن تكون المرأة محرما[١] عليها التزوج والخروج حيث شاءت لحق نكاحه أو وطئه لئلا تتزوج في حق نكاحه أو لا تخلط بمائه ماء[٢] آخر فلا تضيق المدة عن حرمات بسبب شخوص، ولأن فائدة الاستبراء[٣] أو القضاء تحصل للواطئ باحتباسها ثلاثة قروء وعليها حق النكاح كما لو لم يكن وكذلك الزوج ما يختل[٤] بالاجتماع حقّ واحد منهما لأن المقصود للواطئ أو للزوج يتأدىٰ بعدم أفعال منها والعدم عدم في حق الناس أجمع وإنما الفعل[٥] لإنسان لا يقع لآخر، بخلاف الصوم، لأن الركن فيه كف النفس[٦] عن اقتضاء الشهوات بحق الأمر، لأن الله تعالىٰ قال: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهۡرَ فَلۡيَصُمۡهُۖ﴾ [البقرة: ١٨٥]، والصوم في اللغة عبارة عن الكف والإمساك(٧)، وأنه فعل والمرء لا يتصف في ساعة واحدة بكفين نفسَه[٨] عن اقتضاء الشهوات كما لا يتصف بجلوسين كما قاله الخصم.

وكذلك من حيث الاستدلال لأن الأمر بالصوم أمر بعبادة، والعبادة عبارة[٩] عن فعل لا ترك فعل، والأمر بالاعتداد ليس بأمرِ عبادةٍ لله لأن معظم المقصود منها حق النكاح أو الماء، وهما للعباد إنما معنىٰ التعبد فيها تبع يتأدىٰ

[١] «ن» (محرمة).

[٢] «ص» (الثابت).

[٣] «أ» (الاسترداد).

[٤] «ن» (كما لو لم يكن للزوج بالحبل وبالاجتماع).

[٥] «ن» (العقل).

[٦] «ص» (الناس).

(٧) انظر: «جمهرة اللغة» (٨٩٩/٢)، و«تهذيب اللغة» (١٨٢/١٢).

[٨] «ص» (لنفسه).

[٩] «س»، «أ» (عبادة)، والمثبت من «ن»، «ص».

بدونه من ترك الخروج بإذن الزوج والحداد ونحوهما وحق الزوج والواطئ[١] في حرمة نكاح آخر وماء آخر لا فعل مقصود يستوفي منها، ولأن العبادة اسم لما يأتي به العبد تعظيما لله بخلاف هواه وذلك في كف نفسه عن الأكل والشرب والجماع بخلاف عادة النفوس فإنها في التناول ولما صار الكف عما يشتهى في مدة معلومة مقصودا من حيث مجاهدة نفسه ومنعها عن قضاء[٢] الشهوة طاعة لله وأنه لا يتصور كفا عن الشهوة المعتادة إلا بمدة لم تتعدد إلا بمدة[٣] وأما العباد فما لبعضهم على بعض حق تعظيم إياهم بخلاف هوى النفس فإنه خالص لله وهو تفسير العبادة وهي الخضوع تعظيما للغير وإنما حقوقهم لبعضهم على بعض فيما يعود إليهم نفعه بالكف ونفع الزوج في بقاء حق نكاحه بحرمة النكاح والخروج كما[٤] كان ثابتا له في العقد، وكذلك حق الواطئ[٥] في صيانة مائه بحرمة وطء آخر لئلا تختلط المياه فيشتبه الإنسان[٦] تصور[٧] الحرمة لحق هذا وهذا في وقت واحد لأن المقصود بالحرمة عدم الفعل وتأدى حقهما[٨] بعدم الفعل في مدة كما يتأدى لو لم يكن معه غيره.

ومثاله المرأة تحرم على الأزواج بتطليقات ثلاث منهم فإن الحرمات كلها تنقضي بزوج واحد يدخل بها وإن ثبت لرجل[٩] أو عليهم.

---

[١] «ص» (الوطئ).
[٢] «ن»، «ص» (اقتضاء).
[٣] «ن» (هذه).
[٤] «ص» (لما).
[٥] «ص» (الوطئ).
[٦] «ن»، «ص» (الأنساب).
[٧] «ص» (تصورت).
[٨] «ص» (حقها).
[٩] «أ»، «ن»، «ص» (لرجال).

وكذلك إذا حلف الرجل فقال: والله لا أكلم فلانا[١] مرتين لزمه يمينان، ولو حنث لزمته كفارتان فتنقضي اليمينان بيوم واحد، فثبت أن الفعل الواحد يجوز أن يحرم بشيئين، وإذا حرم مؤقتا يجوز أن تنقضيا بوقت واحد، وإن ذكر الوقت منكرا في كل تحريم، ولا يقتضي أن يكون الوقت الثاني غير الأول لأن الوقت غير مقصود إثباته بالنكرة ليصير الثاني غير الأول بل المقصود هو تحريم الفعل وكل تحريم غير الآخر وكل واحد ثبت مؤقتا فصار المقصود بالإيجاب حرمتان إحداهما غير الأخرىٰ فكذلك في مسألتنا الوطء عن شبهة أوجب تحريم الخروج عليها والنكاح برجل[٢] آخر، وكذلك نكاح الزوج الأول عند الفرقة بعد الدخول أوجب مثله من التحريم فجاز اجتماع التحريمين علىٰ فعل واحد والحرمة بأحد السببين[٣] لا تمنع الحرمة بسبب آخر، وهذا أيضا، كما يحرم الصيد[٤] المملوك علىٰ الرجل بإحرامه وأنه ملك الغير وبأنه في الحرم[٥] والمحرم واحد، ويحرم بالقِران بإحرامين فيلزمه كفارتان، ولما جاز أن يكون الخروج والنكاح محرمين بكل[٦] سبب علىٰ حدة والحرمة هي المقصودة صارتا متكررتين في المدة فقد اجتمعت حرمتان مؤقتتان فصار اليوم الثاني موجبا وقتا غير الأول[٧] ولم يوجب أن يكون اليوم يومين لما لم يكن ثابتا مقصودا بنفسه بل لتوقيت الحرمات وتصور توقيتها بيوم واحد.

---

[١] «ن»، «أ» زيادة (يوما)، «ص» زيادة (يوما وكرر اليمين).

[٢] «ص» (أجل).

[٣] «س» (الشيئين)، والمثبت من «أ»، «ن».

[٤] «ص» (العبد).

[٥] «ص» (الحرمة).

[٦] «أ» (لكل).

[٧] «ن» (الآخر).

فثبت أن مدار المسألة على هذا الحرف: وهو[١] معرفة ركن العدة فإنه متى كان فعلا مقصودا مقدرا بمدة لم يتصور بالمدة [الواحدة إلا واحدة[٢]، لأن الفعل متى قدر بالمدة صار معيارا له فلا يوجد بالواحد إلا واحد، ومتى كان حرمة فعل جاز أن يحرم بسببين محرمين والوقت يكون لتوقيت الحرام وأنه يصلح لتوقيت حرمات كثيرة لأن الحرمات متى جاز اجتماعها في وقت جاز التوقُّت[٣] في وقت وليس في الحرمات أفعال علينا لنؤديها بل تأدِّيها بعدم الأفعال منا، إلا أن النفس إذا همت بارتكاب الحرام وجب الكف لا لأنه واجب في نفسه ولكن لئلا يقع في الحرام كالسعي[٤] يوم الجمعة إلى الصلاة يجب لا لأنه عبادة في نفسه بل ليمكنه إقامة العبادة ونحوها من الأفعال التي تجب لغيرها لا لنفسها فيكون في أنفسها في حكم المباح حتى يسقط بلا فعل بأن حمله إنسان كرها إلى المسجد، فكذلك ها هنا.

ولهذا قلنا: إن المرأة وإن خرجت وإن جومعت تنقضي العدة مع ذلك لأن الواجب حرمة مؤقتة[٥] والحرمة لم ترتفع بارتكابها والله أعلم.

والذي دلّ عليه: أنا متى جعلنا الواجب كفا على المرأة عن الخروج والجماع ثم[٦] يحرم الخروج لتركها الكف به لم يكن الخروج حراما في نفسه ولا النكاح لأنه حرم لغيره لا لنفسه.

---

[١] «س» (وهي)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٢] «أ»، «ن» (واحد).

[٣] «أ»، «ص» (التوقيت).

[٤] «س»، زيادة (به) والمثبت من «أ».

[٥] «ن» (مؤقت).

[٦] «ص» (لم).

ألا ترىٰ أن الصوم لما كان كفا لم يكن الأكل حراما في نفسه ولا جماعُ الأهل وإذا فَعل لا يأثم إثم حرامِ الأكل من أكل الميتة وشرب الخمر والزنا وإنما يأثم إثم إفساد[١] الصوم حتىٰ كان إثم الأكل والشرب واحدا، وكذلك إثم[٢] الجماع إذا أتىٰ[٣] أهله وها هنا تأثم المرأة إثم الخروج وإثم[٤] الجماع الحرام إذا تزوجت وجامعها الرجل فعلم أن الحرام هو الفعل نفسه وعليها أن تكف احترازا عن الفعل الحرام وإذا لم تكف لم تأثم إثم تارك الكف، فهذا دليل بيِّن علىٰ أن المقصود والركن ها هنا حرمة أفعال لا كف، بخلاف الصوم، وكذلك النظر في حق المستحق دليل قوي، لأن الله تعالىٰ يستحق علينا الأفعال تعظيما[٥] ولا يستحق ذلك بعضنا ببعض[٦] بنفسه[٧]، وإنما يستحق فعلا أو تركا يعود إليه نفعه والفائدة ها هنا للزوج والواطئ في حرمة الأفعال وتركها علىٰ ما بينا.

وكذلك النصوص تدل عليه فإن الله تعالىٰ سمىٰ المدة أجلا وسمىٰ الركن بالنهي فقال: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [الطلاق: ١]، قال إبراهيم: هي[٨] خروجها(٩).

والصوم ما شرع بصيغة النهي بل بصيغة الأمر ولأن هذه الحرمات كانت

[١] «س»، «ص» (فساد)، والمثبت من «أ»، «ن».

[٢] «أ» (اسم).

[٣] «س» (ألىٰ)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٤] «أ» (اسم).

[٥] زاد في «أ» (إياه).

[٦] «ن»، «ص» (علىٰ بعض).

[٧] «ص» (نفعه).

[٨] «ص» (هو).

(٩) روي عن ابن عمر ﵄ وغيره. انظر: «الأصل» (٤/٤٠٥)، «تفسير الطبري» (٢٣/٤٣٧).

في صلب[١] النكاح ثابتة حقا للزوج وحق الله تعالىٰ في حق حرمة نكاح الغير تبع لحق الزوج كحرمة الخروج[٢] في العدة. وإنما بقيت بالعدة ما كانت في النكاح، وكذلك الحرمات ثابتة في حق الصبية، وهي لا تخاطب بحقوق الله حتىٰ يباح لها الخروج ولا يلزمها الحداد لأنه ليس في الحرمات إيجاب فعل عليها إنما هي حدود الله وبقدر ما يجب من الكف إذا أرادت نفُسه ارتكاب الحرمة لا يجب علىٰ الصبية ولا تأثم إن فعلت مع كون الفعل حراما وحدًّا للإباحة، وكما إذا دخلت أرض إنسان لا يأثم كما لو سلكت الطريق لأن ذلك حق الله، فأما أن لا تكون الأرض ممرا مباحا فحق[٣] المالك فيكون ثابتا له وما يجب علىٰ أحد فعل بذلك السبب مقصودا فثبت أن قوله ﴿يَتَرَبَّصْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٨] غير مقصود بل يثبت[٤] بناء علىٰ حرمة النكاح فيتربص انقضاء الأجل، كالزوج إذا طلق امرأته ثلاثا يتربص نكاح رجل آخر يحلها له علىٰ أن التربص هو الانتظار والتربص بنفسها أن يحملها علىٰ الانتظار، والانتظار توقف لكينونة أمر في الثاني لا لنفسه كالرجل ينتظر قدوم رجل أو ينتظر مطر السماء أو إدراك الغلة ونحوها فتكون النَّظِرة بمعنىٰ الأجل، وكذلك تأويل قوله: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] أي تتأخر المطالبة إليها كما تتأخر بالأجل، وإذا صار[٥] المقصود من الانتظار ما يأتيه لأجله لا نفسه صلح الواحد لأعداد كيوم واحد ينتظر فيه قدوم أناس وشهر واحد ينتظر فيه حلول ديون[٦] وزوال حرمات بأيمان مؤقتة بيوم فدل

---

[١] «س» (صلة)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٢] «ن» (الزوج).

[٣] «أ»، «ص» (بحق).

[٤] في «أ» (ثبت).

[٥] «ص» (كان).

[٦] «ن» (آجال).

صيغة الانتظار على أنه فعل وجب لغيره وهو زوال الحرمات.

وقد سلمنا نحن قدر هذا الفعل ولكن الواحد يكفي لأداء حرمات كثيرة إقامة لمحظور العدة لا لركنها غير أن الركن لم يظهر بالخطاب إلا الكف عن المحظور فقيل إنه ركن العدة أخذا بالظاهر.

فَصْــلٌ
محظورات العدة[١]

ومن محظورات العدة: الزينة والطيب وهو ضد الحداد.

قال علماؤنا رحمهم الله: الحداد لا يلزم الصبية ولا الذمية ويجب على المبتوتة.

وقال الشافعي رحمه الله(٢): لا يجب على غير المتوفى عنها زوجها، والمتوفى عنها يلزمها الحداد ذمية كانت أم صبية أم غيرهما.

واحتج لفصل الوفاة: بحديث النبي عليه السلام: «**لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تُحد على ميِّت فوق ثلاثة أيام، إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرا**»(٣)، ولم يفصل بين امرأة وامرأة، فكان على العموم، ولأنه وجب لموت الزوج فيعم النساء كالعدة، وإنما قلنا يجب للموت لأن أصل الحداد بالموت على ميت ثلاثة أيام مشروع على ما نطق به الحديث إعظاما لفوت الحياة وزيد في حق الأزواج لزيادة مصيبة تكون بموته لتعلق المصالح بالزوجية أكثر من تعلقها بسائر الأقارب.

وأما المعتدة عن طلاق فلا حداد عليها كالمطلقة طلاقا رجعيا وقبل[٤] الدخول بها، وهذا لأن فوت الزوجية خلا عن فوت الحياة فلم يبلغ درجته فلا

---

[١] «ص» (ومن محظورات العدة).

(٢) انظر: «الأم» (٥/٢٤٦)، «مختصر المزني» (٨/٣٢٦)، «الحاوي الكبير» (١١/٢٧٣).

(٣) رواه مسلم (١٤٩٠).

[٤] «ص» (بعد).

يثبت به حكمه.

وأما علماؤنا: فإنهم ذهبوا إلى أن الحداد يجب حقا لله خالصا بدليل أنه وجب بعد الموت، والميت لا ينتفع به بوجه فعلم أنه لله إظهارا بالحداد خطر النعمة بما التزم من آثار المصابين وحرم على نفسه[١] آثار أصحاب التهاني، فسبيل النعم أن يبدي خطرها[٢] شكرا لله حال وجودها وفوتها لا على سبيل موافقة النفس، وإذا كان كذلك لم يلزم الصبية والذمية، لأنهما لا تخاطبان بأداء حقوق الله تعالى.

وأما المبتوتة فيلزمها لأن المتوفى عنها زوجها لزمها الحداد مقدرا بالعدة لفوت نعمة الزوجية إذ[٣] فوت نعمة الحياة لم يوجب أكثر من ثلاثة[٤] أيام على ما نطق به الحديث وفوت[٥] الزوجية بالطلاق الباتِّ أكثر، وكان وجوب الحداد في العدة أولى، وإنما قلنا الفوت أكثر[٦] لأن الموت لا يقطع النكاح في حق المرأة وإنما قطع في حق الرجل حتى حل لها مسه وغسله، وهذا يَقطع من كل وجه، بخلاف الطلاق الرجعي لأنه لا يقطع النكاح، وبخلاف ما بعد[٧] العدة، لأن الحداد شرع ولكن في محل وهو مدة العدة فلا يوجد مشروعا في غير محله وإن وجد السبب.

❁ **فإن قيل:** المعنى في الأصل فوت الزوج لا فوت الزوجية.

---

[١] «ص» (نفسها).

[٢] «ص» (حظها).

[٣] «س» (أو)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٤] «س» (ثلاث)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٥] «س» (قرن)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٦] «ن» (أكبر).

[٧] «ن» (بعده).

۞ **قلنا:** في فوت الزوج فوت حياته وفوت الزوجية[١] ثم فوت الحياة لم يوجب أكثر من ثلاثة أيام وإن اختلف النفع بالأحياء كالأب والابن والعالم والجاهل، فعلم أن الزيادة وجبت لمعنى آخر غير الحياة وهو الزوجية.

۞ **فإن قيل:** الفوت بالموت أعظم لأنه لا يرجى وصله بعد ذلك ويرجى بعد الطلاق فيصير جواز الثاني كالخلف[٢] عن الأول، فلا يوجب حدادا كما قبل الدخول.

۞ **قلنا:** إن وقعت الفرقة بحرمة مصاهرة فلا يرجى عوده بعد ذلك ولا حداد[٣] عندك بها، ولأنه إن ضعف من هذا الوجه فقد قوي من حيث إن هذا القطع أتم من حال الموت فإن فوائد الزوجية تبقى بعد الموت من الإرث وحل المس والنظر، وأما الطلاق قبل الدخول فتلك النعمة دون هذه. ألا ترى أنه لم يعقب عدة بخلاف هذه، وهذا لما عرف أن أمر الزوجية إنما يتم بالدخول بها أو بالموت الذي هو نهايته.

|٧٥٧| **مسألةٌ:** ومن محظورات العدة الخروج، واختلفوا في المرأة طلقت في غير مصرها، قال أبو حنيفة ﵀: ليس لها أن تخرج إلى مصرها إذا كان بينها وبين مِصرِها مسيرة سفر وقال أبو يوسف ومحمد ﵄: لها ذلك إذا وجدت محرما.

وذهبا إلى أن العدة في هذا المكان لا تمنع خروج ما دون سفر فكذلك الخروج سفرا، دليله: المفازة، وهذا لأن حكم العدة في المنع سفرا وما دونه

---

[١] «ن» (الزوج).

[٢] «أ» (كالحلق).

[٣] «أ» (عداد).

سواء كما في مصرها فإذا لم يَمنع أحدهما لم يمنع الآخر استدلالا ، وذلك لأن العدة تمتد إلى ثلاثة[١] قروء أو ثلاثة أشهر أو أكثر ، ودار الغربة دار وحشة ودار مضيعة فلو منعنا الخروج بسبب العدة لوقعت في[٢] مكروه أهم من ذلك بخلاف عدم المحرم ، فإنه يمنع هذا الخروج ، لأن فساد عدم المحرم في الطريق فوق فساد المقام في المصر ، وإن كان دار غربة ، فأما إذا وجدت المحرم فقد جاء الأمن وسقطت[٣] عبرة السفر في المنع وصار كما دونه وبقيت العبرة لحق الله في أن جعل الخروج محظورا بالعدة ليكون أوفر على الرجل فيما يقضي له من الحق وربما يلحقه من الخلل بالمقام في دار الغربة فوق ذلك فلم يبق مانعا كما إذا لم تكن المدة سفرا .

ألا ترى أنها إذا طلقت في مفازة لم تمنعها العدة ولا عدم المحرم لأن فساد المقام بها أعظم من فساد عدم المحرم في الطريق ولأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ: أن العدة أمنع عن الخروج من عدم المحرم ثم عدم المحرم يمنعها من الخروج عن هذا المصر إلى مصرها إذا كان بينهما سيرة[٤] سفر فالعدة أولى .

❁ فإن قيل: لم قلت إن منع العدة من جنس عدم المحرم حتى يستقيم الاستدلال ؟

❁ قلنا: إن[٥] عدم المحرم يمنع الخروج لخوف الفساد عليها لأنها عورة

---

[١] في «أ» (إلى ذلك).

[٢] «أ» (عسى) أي ربما.

[٣] «س» ، «أ» ، «ن» (سقط) ، والمثبت من «ص».

[٤] «ن» ، «ص» (مسيرة).

[٥] «أ» ، «ن» ، «ص» (لأن).

ولحم علىٰ وضم لا لعين السفر.

ألا ترىٰ أنه أبيح لها بمحرم وحافظ، والعدة تمنع الخروج من هذا الطريق لأنها لا تخرج صيانة للماء وإقامة لحق النكاح وأداء للحرمات الثابتة بالعدة، وتلك الحرمات حرمة جماع في الأصل علىٰ ما مر، وهذه المحافظة عليها واجبة علىٰ كل حال وتأكد الآن، إلا أنه قد اتصل به حق الله علىٰ سبيل التعبد لمعنىٰ عرف في موضعه فلم يسقط بالمحرم وظهر بالتأكد في قليل الخروج وكثيره.

وهذا لأن المصر موضع أمن وغياث أينما كان علىٰ وضع العادات وبسبب الأمن يصير المكان مصرا فيكون ضرر الوحشة والغربة أقل[1] من ضرر الفاسد[2] في السفر بلا محرم..

❁ فإن قيل: إذا جاء المحرم صارت محفوظة وبقيت العبرة لحق الله تعالىٰ في التعبد وهذا غير ضرر خوف الفساد فلم يكن من ذلك الجنس.

بل قيل: لما ذهب بالمحرم خوف الفساد بسبب السفر بلا محرم صار هذا الخروج في حق الإباحة لولا العدة، وخروج ما دون السفر سواء فلو حرم بالعدة لحرم[3] بسبب التعبد، وهذا المعنىٰ يسقط اعتباره بدار الغربة كما إذا لم يكن سفرا، ويدل عليه أن غير مصرها يشبه المفازة من حيث أنها دار غربة ووحشة ويشبه مصرها من حيث أنها موضوع أمن[4] وغياث فلا بد أن تخف حرمة الخروج بالشبه بالمفازة فإنها لو كانت كالمفازة لسقطت الحرمة وإذا خفت

---

[1] «ص» (أولىٰ).

[2] في «أ» (الفساد).

[3] «س» (يحرم)، والمثبت من «أ»، «ن».

[4] «س» (من منع أمر)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

التحقت بالمنع الثابت بعدم المحرم فيصير بمنزلته ، ثم ذلك المنع يزول بالمحرم فهذا مثله . ألا ترىٰ أن منع عدم المحرم لما كان يزول بكون الخروج أقل من سفر زال منع العدة به أيضا . والجواب عنه سنذكره إن وفق الله تعالىٰ .

فَصْــلٌ
فيما تقدَّر به المدّة

|٧٥٨| [مسألةٌ]: التربص مأمور به في العدة، واختلفوا في وقته:

قال علماؤنا رحمهم الله: وقت التربص مقدر بثلاث حيض.

وقال الشافعي(١) رحمه الله: بثلاثة أطهار، ومذهبنا مذهب أبي بكر وعمر وعثمان وعلي[٢] وأبي الدرداء رضي الله عنهم، ومذهبه مذهب عائشة وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم.

وإنما وقع الاختلاف لاختلافهم في تفسير القروء المذكورة في قوله تعالى ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] فإنها منصوص عليها ولكنها محتملة لغة للحيض والأطهار جميعا واختلافهم فيها وهم أرباب اللغة دليل على الاحتمالين جميعا، وعليه أهل اللغة، يقول الشاعر(٣):

يـا رُبَّ ذي ضِـغن وضـب فـارِض ❊ لـه قـروء كقـروء الحـائض

أي أوقات معلومة للضِّغن كأوقات الحيض.

ويقول آخر(٤):

---

(١) انظر: «الأمّ» (٥/٦٠ ـ ٦١)، «الحاوي» (٩/٣٠٣ ـ ٣٠٤).

[٢] «ص» (الخلفاء الراشدين).

(٣) هو: ابن الأعرابي، وفي بعض المصادر بلا نسبة. انظر: الحيوان (٢/٥٩). الضب: الحقد والغضب. انظر: مجالس ثعلب (ص: ٢٦٤). الفارض: المسن.

(٤) هو: الأعشى، انظر: ديوانه (ص: ٩١).

وفـي كـل عـام أنـت جاشـمُ غـزوة ❊ تشـد لأقصـاها عـزيم عزائكـا
مورِّثـةٍ مـالا ، وفـي الحـي رفعـةً ❊ لمـا ضـاع فيهـا مـن قـروء نسـائكا

أي أطهارهن[١] بسبب القروء فإن الحيض يضيع[٢] وإن كان معها ، وقال ﷺ للمستحاضة: «دعي الصلاة أيام أقرائك» ، أي: حيضك ، والأقراء جمع القرء[٣] كالقروء فإن ما كان على ميزان فعل يجمع على فعول وأفعال جميعا ، ويقال: فلس وفلوس ، ونذل وأنذال ، وبر وأبرار ، وقال ﷺ: «طلاق الأمة ثنتان وقرؤها حيضتان»(٤) فلا وجه على هذا الكلام في المسألة إلا لبيان ترجيح أحد الاحتمالين.

احتج الشافعي رضي الله عنه: بقول الله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] والمراد بها الطهر بالإجماع[٥]. وكذلك قرأ عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: لقُبل عدتهن ، أي وجه العدة لأنه ضد الدبر ، والآية[٦] وردت لإباحة الطلاق وأنه يباح في الطهر فعلم أنه عدة ، ووجه العدة ، وعندكم العدة هي الحِيض فصارت الآية محكمة فتُحمل القروء المحتملة على المحكم.

ولأنه قال: ﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وصفهن

---

[١] «أ» (إظهار هذه).

[٢] «ص» (يمنع).

[٣] «ص» (القروء).

(٤) روي عن عدة من الصحابة منها حديث عائشة رواه أبو داود في سننه برقم (٢١٨٩) ، والترمذي في سننه (١١٨٤) ، وابن ماجه برقم (٢٠٨٠) ، وقال الترمذي: «حديث عائشة حديث غريب لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث مظاهر بن أسلم ، والعمل على هذا عند أهل العلم».

[٥] «س» ، «أ» (بالجماع) ، والمثبت من «ن».

[٦] «ص» (والآية).

بتربص[١] القروء كما وصفهن بالطلاق وهذا التربص كناية عن أداء العدة. وتربص قروء يتأدىٰ به العدة عقيب الطلاق المشروع لا يتصور عندكم لأن الطلاق المشروع في الطهر وبتربص الأطهار عندكم لا تتأدىٰ العدة، وإنما دخلت تبعا وجودها وعدمها سواء حتىٰ قلتم: إن الطلاق وإن وجد في آخر الطهر انقضت العدة بثلاث حيض، وإن لم تتربص إلا طهرين، وإذا طلق في الحيض لزمها التربص في الحيضة الرابعة[٢] لأن الثلاث لم تكمل بما مضىٰ[٣] وإن وجدت[٤] ثلاثة أطهار، فلما أمر الله تعالىٰ بتربص ثلاثة قروء تتلو الطلاق تبين أنها الأطهار، ولأنه قال: ﴿ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖ﴾ وثلاثة علامة التذكير في الحساب، تقول: ثلاثة رجال وثلاث نسوة، والحيضة مؤنثة والطهر مذكر، فدلت العلامة علىٰ أن المراد بها الأطهار.

ولأن في العدة معنىٰ العبادة بلا خلاف، والطهر وقت العبادة والحيض لا، فإنه ينافي الصلاة والصوم وكثيرا من العبادات، بخلاف استبراء المماليك، لأن الاستبراء واجب علىٰ المولىٰ وما[٥] علىٰ النساء فيه من معنىٰ العبادة، وحيض النساء لا ينافي عبادة الرجال، ولهذا قلنا: إن عدة الحامل المتوفىٰ عنها زوجها وهو صبي لا تنقضي بالولادة لأنه من زنا محض فلم تصلح لتوقيت مدة العبادة.

والفقه[٦] فيه: أنا نُهينا عن تطويل العدة والطلاق شرع في الطهر[٧] فلو

---

[١] في «أ» (يتربصن).
[٢] «ن» (الثانية).
[٣] «ص» (نص).
[٤] «أ» (وجد).
[٥] «ص» (وأما).
[٦] «ن» (والعلة).
[٧] «ص» (التطهير).

جعلت[١] القروء حيضا لطالت العدة بشرع الطلاق في الطهر، ومتىٰ جعلت أطهارا لقصرت فإنها تنقضي بمجيء[٢] الحيضة الثالثة، ولأن الطلاق المباح يُستتبع زمانا يتصور فيه أداء العدة أداء معتبرا قياسا علىٰ طلاق الآيسة والصغيرة، وهذا لأن الطلاق حال شروع في أداء العدة بلا خلاف، فإن محظورات العدة تلزمها بالطلاق[٣] وحال الشروع في الأداء يكون مقرونا بالأداء فيكون مقرونا بوقت صحة الأداء كالشروع في الصوم والصلاة، وهذا هو الأصل لأن الشروع للأداء والفصل لا يجوز إلا بدليل مخصص كالإحرام بالحج شرع لأول أشهر الحج ووقت الأداء يوم عرفة لأن مكان الإحرام الميقات ومكان الأداء عرفة فلضرورة تفرق الأمكنة وقع[٤] الفصل بينهما وقتا أيضا ولا ضرورة فيما نحن فيه متىٰ جعلت القروء أطهارا.

علىٰ أن الإحرام بالحج علىٰ أصلي لا يصح إلا في أشهر الحج وهو وقت لأداء[٥] طواف التحية والسعي إلا أنه لا يمكنه للبعد عنه ولهذا لم أجوز الإحرام بالحج قبل أشهر الحج لأن الإحرام عقد علىٰ الأداء فلم يستقم شرعه قبل وقت الأداء من كل وجه علىٰ ما بينا في موضعه.

فإن قلتم: هي تؤدي العدة في الطهر كان مكابرة لأن حد الأداء ما ينقضي[٦] به الواجب بالسبب كأداء الصلاة والصوم ولا ينتقص شيء من العدة بالتربص

---

[١] في «أ» (جعلنا).
[٢] «ص» (بمضي).
[٣] «ص» (عقيب الطلاق).
[٤] «ن» (رفع).
[٥] «ص» (للأداء).
[٦] «أ»، «ص» (ينتقض).

بالطهر ووجوده على أصلكم وعدمه بمنزلته[١] حتى انقضت عدتها بثلاث[٢] حيض وطهرين إذا طلقها في آخر الطهر، ولكن حكم عدم الأداء لا يظهر عليها[٣] ببقاء محظورات العدة عليه مالم تنقضي[٤] كانت مؤدية أم لا كما تبقى على المحرم محظورات الإحرام حال أداء الحج وحال عدم الأداء فمن العبادات ما يتصل أداؤه ومنها ما ينفصل، فالعدة من هذه الجملة، ولكن المحظور بها دائم كما في باب الحج.

وأما علماؤنا رحمهم الله فإنه يحتج لهم بقول الله تعالى[٥]: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ﴾ [الطلاق: ٤]، فجعل الله تعالى العدة شهورا بشرط عدم المحيض فدل أن المحيض أصل للعدة والشهورَ بدل عنها[٦]، كما قال الله تعالى: ﴿فَلَمۡ تَجِدُواْ مَآءٗ فَتَيَمَّمُواْ صَعِيدٗا طَيِّبٗا﴾ [النساء: ٤٣] فدل النقل إلى الصعيد بشرط عدم الماء أن الماء هو الأصل وهذا لأن حد البدل ما يقوم مقام غيره عند عدمه، فالذي شرط عدمه لإقامته مُقامه لا بد أن يكون أصلا.

❁ فإن قيل: الأصل أطهار هي قروء ولا وجود لها إلا بالمحيض فإن الطهر قبل الحيض لا يسمى قرءا ولا انعدام لهذه القروء إلا بانعدام الحيض فصار قوله: ﴿يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ﴾ كناية عن قوله يئسن من الأطهار التي هي قروء فلذلك

---

[١] «ن»، «ص» (بمنزلة).

[٢] «ن» (ثلاث).

[٣] «أ» (علينا).

[٤] «ص» (تنقص).

[٥] «ص» (ولنا قوله تعالى).

[٦] «ن» (عليها).

استقام الإبدال بهذا الاسم على سبيل المجاز عن القروء[١] لا على حقيقته.

❁ قلنا: إن الكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه.

ودل عليه: أن الله تعالى بدأ، فقال: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، ثم نقل[٢] إلى البدل فيمن عدمت القروء فكان من حق الكلام أن يقال: واللائي عدمن القروء، ليكون النقل بعدم عين ما شرع أصلا فلما جاء الله تعالى بعبارة أخرى علم أنها لم تكن إلا لفائدة زائدة تعدم بالعبارة الأولى وهي بيان القروء المحتملة.

❁ فإن قيل: إنما كان كذلك والله أعلم لأن الناس قالوا حين نزلت آية القروء إن من النساء من لا تحيض فنزلت الآية جوابا عن كلامهم فلذلك نزلت بعبارة عدم المحيض، ولأن الكلام إن كان يستقيم واللائي يئسن من القروء فما تحسن العبارة عن الصغائر بالقروء، وكانت العبارة بقوله[٣]: لم يحضن أفصح وأحسن.

❁ قلنا: وقول الناس إن من النساء من لا تحيض دلالة أنهم فهموا من القروء الحيض، بل نقول: إن الكلام لحقيقته ولكن الله تعالى ذكر القروء ابتداء لأنها أفصح من الحيض وأحسن، فهذه المعاني تتعارض فيبقى لنا القول بالحقيقة، وكذلك معاني اللغة كلها ترجح الحيض على الطهر(٤).

وبيانها أن القرء اسم اشتقاق للحيض أو الطهر لا اسم علم، واسم الاشتقاق

---

[١] «أ» زيادة (و).

[٢] «ن»، حاشية «أ» (ولم يقل).

[٣] «ص» (منقولة).

(٤) انظر: «تهذيب اللغة» (٢٠٩/٩)، و«لسان العرب» (١٣٠/١).

يتعرف[١] بالمعنىٰ الذي اشتق منه.

والدليل علىٰ أنه اسم اشتقاق أن الحيض اسم علم علىٰ هذا الدم فالظاهر أن الثاني[٢] ليس بعلم لأن الوضع في الأصل للتعريف وأنه يحصل باسم واحد فلا يبقىٰ للآخر فائدة جديدة فلا يصار إليه ما أمكن بل يجعل الثاني عارية له لتوسعة العبارة، ولأنا متىٰ جعلناه اسما لمتضادين[٣] لم يكن مميزا وإنما وضع للتميز فلا يصار إليه ما أمكن وإنما جاء مثل ذلك نادرا لغفلة[٤] الواضع أو فائدةٍ أخرىٰ غير التعريف، فهذان دليلان يدلان علىٰ أن الاسم اسم اشتقاق فيتعرف من معناه، ثم للقرء معان في اللغة تدل علىٰ ترجيح الحيض علىٰ الطهر منها: أن القرء جمع في اللغة يقال ما قرأت الناقة سلىٰ قط، أي ما حبلت وما جمعت إلىٰ رحمها ولدا، يقول الشاعر(٥):

... ... هِجانُ اللون لم تقرأ جنينا

ومنه القرآن سمي به لجمع الحروف، فلئن أُخذ الاسم من هذا المعنىٰ فالحيض أولىٰ به لأن الحيض اسم لقطرات دم مجتمعة في وقتها فتسمىٰ حيضا[٦] بسبب توالي القطرات مدة معلومة فكان الحيض أجزاء دم مجتمعة في الوقت ولا أجزاء[٧] لصفة[٨] الطهر ولا اجتماع ولكنه سمي قرءا إتباعا للحيض أو لأن الطهر

---

[١] «ص» (يتفرق).

[٢] «ص» (الباقي).

[٣] «س» (لمتضاديه)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٤] «ن» (بفعله)، «ص» (بفعل).

(٥) هو: عمرو بن كلثوم. انظر: شرح القصائد السبع الطوال الجاهليات (ص: ٣٨٠).

[٦] «ن» (قرءا).

[٧] «ص» (أخذا).

[٨] «ص» (بصفة).

حالُ اجتماع دم الحيض في الرحم ثم يترشح حال الحيض فالدم الذي اتصف بالاجتماع أولى بالاسم من الطهر الذي هو حال لدم يجتمع ومنها أن القرء عبارة عن الانتقال ، يقال: قرأ النجم إذا طلع ، وقرأ إذا غاب فلئن أُخذ الاسم من هذا المعنى فالحيض أولى لأن صفة الانتقال ثابتة للطهر والحيض جميعا لأن المرأة تنتقل من أحدهما إلى الآخر مادامت من ذوات الأقراء ، والحيضة في نفسها منتقلة[١] عن الحالة الأصلية والطهر لا بل عائدة بالطهر إلى الحالة الأولى وصفة الانتقال تثبت له بتخلل العارض لولاه لكان دواما للطهر الأصلي ما فيه انتقال فصار الذي يثبت له صفة الانتقال بنفسه أولى من الذي يثبت له صفة الانتقال بغيره ، ولأن الحيض أسبقهما بهذا الاسم ثم بعد ذلك تعارض[٢] بين انتقال أحدهما إلى الآخر فيبقى الاسم للانتقال[٣] الأول بلا معارضة مع الحيض ، ولأن الحيض اسم لدم متنقل عن الرحم إلى الخارج كالولد اسم للخارج بالولادة.

❁ فإن قيل: إنا نقول المراد بالقرء الانتقال على الحقيقة والطلاق[٤] المباح في الطهر فيقع الانقضاء بانتقالها[٥] عن الطهر إلى الحيض ثلاث مرات.

❁ قلنا: هذا ساقط[٦] لأن مِن مذهبك أنه إذا طلقها في آخر الطهر فكما طلقها انتقلت إلى الحيض ولم تتربص في الطهر لم يعتدَّ ذلك من الحساب ولزمها تربص ثلاثة قروء أخر ، ولأن العبرة لو كانت لنفس الانتقال لكان يجب أن يقال:

---

[١] «ص» (تتقلب).

[٢] «ن» (لم يعد ذلك يعارض).

[٣] «س» (الانتقال) ، «ص» (على الانتقال) ، «ن» (بالانتقال) والمثبت من «أ».

[٤] «ن» (وانطلاق).

[٥] «ص» (بانتقالهما).

[٦] «أ» (تساقط).

إنها[١] إذا انتقلت من الطهر إلىٰ الحيض ثم من الحيض إلىٰ الطهر ثم من الطهر إلىٰ الحيض أن[٢] تنقضي العدة، ولأن الانتقال مصدر وقُرء اسم جمع والمصدر لا يثنىٰ ولا يجمع، ولأن الناس أجمعوا علىٰ أن المراد إما الحيض وإما الأطهار ولم يقل أحد بالانتقال.

❊ فإن قيل: الطهر أسبقهما وجودا عقيب الطلاق فيكون أولىٰ.

۞ قلنا[٣]: كلامنا في موجَب اللغة وفي أن أي المسميين[٤] أقرب إلىٰ الحقيقة لا في إصابة المراد ويدل عليه أن الله تعالىٰ قال: ﴿ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾، فحقيقته لثلاثةٍ كوامل فالبعض إن سمي باسم الكل كان مجازا ولن تكمل القروء الثلاثة عدة إلا إذا كن حيضا لأن الطلاق المباح في الطهر فمتىٰ جعلت القروء أطهارا وحسب الأول كان طهرين وبعض الأول، ومتىٰ جعلت حيضا كن كوامل.

❊ فإن قيل: الباقي من الطهر طهر كامل لأنه اسم لحال خلوها عن الحيض ما له من مقدار.

۞ قلنا: لا كذلك بل القرء اسم لطهر متخلل بين الحيضتين فكان اسما لمقدر بهذا القدر فبعض المتخلل لا يكون، كلا.

والفقه في المسألة: أن بعض القرء لا يكون محسوبا عدة ومتىٰ وجب بعضه وجب كله. ألا ترىٰ أن عدة الأمة علىٰ نصف عدة الحرة بالشهور وإذا كانت

---

[١] في «أ» (بأنها).

[٢] «ص» (بأن).

[٣] «أ» (قلت).

[٤] «ص» (الاسمين).

بالقرء كان قرءين لا قرءا ونصف، قال عمر ﷺ: «طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان»(١)، ولو استطعت لجعلتها[٢] حيضة ونصف ومتى جعل تفسير القروء أطهارا كان أداء العدة ببعض القروء وقد ثبت أنه مما لا يتبعض في حق هذا الحكم، ولهذا قلنا نحن: إنه إذا طلقها في الحيض وجب ثلاثة كوامل بعد هذه لأن البعض قد مضى قبل الطلاق والبعض الباقي لا يكفي فسقط اعتبارها لما لم يمكن إكمالها، ولا عبرة لبعضها فوجب ثلاثة أجزاء[٣] ولما وجب إكمالها بالرابعة ووجب اعتبار بعضها وجب اعتبار كلها، وهذا كلام قوي[٤] لأن ما لا تتبعض صحته شرعا كالعبادات والكفارات شرعا إذا عدم منه بعضها سقط الكل وكذلك العلل التي لا تتبعض في كونها عللا إذا عدم منها بعض أوصافها خرجت من أن تكون علة ولا نجد مثالا لقيام البعض مقام الكل صحة فيما لا يقبل التبعيض إلا إذا سقط اعتبار البعض بدليله وبقي ما بقي كملا كشطر الصلاة يسقط اعتبارها في السفر ويبقى الباقي كملا، فإن قال به ها هنا احتاج إلى دلالة السقوط ولأن الله تعالى قال عقيب التربص: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وهو الحيض فيصير كأنه قال: يتربصن القروء ولا يكتمن الحيض، على سبيل التعريف لما سبق فيصير تفسيرا للقرء.

ولأن النهي عن الكتمان يوجب الانتهاء عنه والانتهاء بالأخبار[٥] وإنما يجب على المعتدة الإخبار بما تنقضي به العدة وقد وجب الإخبار بالمخلوق في

(١) سبق تخريجه.

[٢] «س»، «أ»، «ن» (لجعلت)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (أقراء).

[٤] «أ» (قرئ).

[٥] «أ» (الأخيار)، وفي «ص» (لا انتهاء بالاختيار).

الرحم وهو دم الحيض فدل أن الانقضاء والأداء متعلق به.

❁ فإن قيل: إنك متى جعلتها حيضا زدت عليها الاغتسال.

۞ قلنا: لا كذلك، بل تعلق الانقضاء بثلاث حيض تمضي غير أن مضي الحيض لا يثبت بنفس الطهر إذا كانت أيامها دون العشر لدليل قام في موضعه وإنما يثبت بالاغتسال فأما أن تكون مدة الاغتسال زائدة على[١] مضي الحيض فلا. ألا ترى أن الأيام لو كانت عشرة انقضت العدة بنفس تمام العشرة بلا اغتسال، فأما هاهنا الثلاثة فليست بدليل لهم لأن القرء مذكر وإن أريد به الحيضة فتأنيث الحيضة باسمها لا بمعناها فإذا تبدل الاسم ذهب التأنيث كالملحفة والدثار[٢] والبر والحنطة.

ودل عليه: ما روي عن النبي ﷺ برواية عائشة وعبد الله بن عمر: «طلاق الأمة ثنتان وقرؤها حيضتان»(٣)، فهذا الخبر[٤] نص في الباب لا يحتمل التأويل، وتبين[٥] بهذا الحديث أن عائشة كانت تحمل القرء على الطهر قبل أن بلغها الخبر على ما هو الأصل في الراوي إذا ظهر منه الفتوى بخلاف الخبر بلا تاريخ[٦] بينهما، وفي رواية عن النبي عليه السلام: «يطلق العبد ثنتين وتعتد الأمة حيضتين»(٧)، والشافعي(٨) رضي الله عنه عمل به في مسألة[٩] عدد الطلاق.

---

[١] زاد في «أ» (ما).

[٢] «ص» (كالحلقة والدينار).

(٣) سبق تخريجه.

[٤] «ص» (الحديث).

[٥] «ن» (وعين).

[٦] «ص» (تأويل).

(٧) سبق تخريجه.

(٨) انظر: «الأم» (٥/٢٧٤)، «الحاوي الكبير» (١٠/٣٠٥).

[٩] «ص» (المطلقة).

والمعنىٰ في المسألة أن الحيضة جعلت علما لتعرُّف براءة الرحم فوجب أن يتعلق بها انقضاء عدة الفراق قياسا علىٰ وضع الحمل وإنما قلنا إن الحيضة جعلت علما في فصل الاستبراء فإن استبراء الإماء واجب لتعرف براءة الرحم علىٰ ما عرف في موضعه، وكانت مدة الاستبراء بالحيضة ووضع الحمل، وكذلك الأفضل للبائع أن لا يبيعها حتىٰ يستبرئها بحيضة.

وكذلك الطلاق كره في طهر جامعها فيه، لمكان توهم الحمل وجعل الاستبراء عنه بحيضة، وهذا لأن الحامل لا تحيض عندي حقيقة، وعندك في الظاهر الذي جعل حجة فصح ما قلنا إن الحيض[١] عَلَم لتعرف براءة الرحم، ثم تعليق الحكم بهذا الوصف صحيح لأن العدة عن الفراق فيها معنىٰ براءة الرحم حتىٰ لم تجب إلا عن وطء أو توهم وطء، علىٰ ما بينا في كتاب النكاح في فصل العدة، أن براءة الرحم عن الماء مقصودة عند الشافعي(٢) رحمه الله.

وعندنا هي معتبرة ولكن تبعا لحق النكاح، كمعنىٰ العبادة معتبر ولكن تبعا لما[٣] كان تعرف البراءة معتبرا كان التعليق بمدة الحيض الدال علىٰ البراءة أولىٰ من الطهر الذي لا يدل عليه، ثم حق الله تعالىٰ في العدة ثابت لمعنىٰ الماء أيضا، لأنه محترم لصاحبه ولله تعالىٰ كالنفس المخلوقة وحق الله تبع لحق[٤] العبد في النفس فكذلك في الماء فصار اعتبار ما يتأدىٰ به حق العبد من البراءة أولىٰ من اعتبار الطهر الذي يتعلق به أداء حق الله تعالىٰ لما تعذر الجمع بينهما، ولأن

---

[١] «ن»، «ص» (الحيضة).

(٢) انظر: «الحاوي الكبير» (١٠/١٤٨).

[٣] «س»، «أ» (وإذا)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٤] «ص» (كحق).

العبادة لا تحصل[١] إلا بأداء ولا أداء إلا بالتربص والتربص عليها حال الحيض والطهر جميعا فعلم أن الحيض لا ينافي ما فيها من معنىٰ العبادة وليس الحيض ينافي[٢] كل عبادةٍ فإنه[٣] لا ينافي الحج غير الطواف ولا ينافي الزكاة والجهاد في سبيل الله حتىٰ إن العدة عن وفاة لما لم تكن لتعرف براءة الرحم تعلقت بالأشهر لا بالقروء[٤] الدالة علىٰ البراءة ولو لم يعتبر هذا المعنىٰ ووجب التعليق بالأطهار لما كان التعليق بأطهار متخللة[٥] بين حيضتين[٦] معنىٰ بل كان الأولىٰ أن يعلق بالوقت فإنه أقبل للعبادة كما في الموت.

❁ **فإن قيل:** إنما علقنا بالأطهار لأن هذه الأطهار لا تخلو عن الحيض الموجب للبراءة متىٰ تمت عدةٌ[٧] فيتأدىٰ حق الماء بها ومعنىٰ العبادة[٨] بالأطهار.

❁ **قلنا:** حينئذ يصير معنىٰ البراءة تبعا لمعنىٰ العبادة، وقد ذكرنا أن معنىٰ البراءة أصل، علىٰ أن عدة الوفاة عدة دائمة[٩] زمانها كعدة الآيسة، وزمان مدة عدة الوفاة يشتمل علىٰ حيض وطهر وقد يكون[١٠] الابتداء من الحيض بأن يموت فيه وتصير مؤدية لا محالة بمدة الحيض فثبت أنه لا منافاة بين معنىٰ العبادة في

---

[١] «ن» (تؤدىٰ).

[٢] «س»، «أ»، «ن» (بمنافيه)، والمثبت من «ص».

[٣] «س»، «أ»، «ن» (فإنها)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (ما نعرف).

[٥] «س» (متعلقة)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٦] «س»، «أ» (حيض)، «ص» (من حيض)، والمثبت من «ن».

[٧] «ص» (عنده).

[٨] «ص» (العدة).

[٩] «ص» (عدد دائم).

[١٠] «ص» (يجوز).

العدة وبين الحيضة.

فأما الجواب عن الأول[١]: أن العدة المذكورة في قوله تعالىٰ: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] أطهار بلا خلاف وهي عدة إحصاء تجب على الرجال لإيقاع[٢] التطليقات على ما قال الله تعالىٰ: ﴿وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَ﴾ [الطلاق: ١] خاطب الرجال بها، والخلاف في عدة التربص التي خوطب النساء بها.

وأما الجواب عن الثاني: فإن أكثر ما في الباب أن يقدر كأن[٣] الله تعالىٰ قال: والمطلقات يؤدين العدة بالتربص ثلاثة قروء، فلا يقتضي هذا[٤] الأداء المشروع بكلمة الاستقبال الوجود[٥] لا محالة للحال إلا بدلالة زائدة بل حقيقته للوجود[٦] في المستقبل متصلا بالسبب أم متراخيا كل ذلك جائز، كقولك: فلان يفعل كذا، يجوز وجود[٧] فعله للفور وبعده، فإذا لم يقتض اللفظ تربصا للحال فكيف يقتضي تربصا يتعلق به الأداء وجاز أن تتربص عقيب الطلاق والأداء بمضي[٨] الحيض متراخيا عن هذا التربص كما جاز في الأثناء[٩] ذلك وهن مطلقات في الأثناء[١٠] كما في الابتداء ومتربصات.

---

[١] «ص» (عن قوله).

[٢] «ص» (لانقطاع).

[٣] «ص» (بإذن).

[٤] «ص» (إلا).

[٥] «ص» (للوجود).

[٦] «أ» (الوجود)، «ص» (حقيقة الوجود).

[٧] «ن» (وجوده).

[٨] «ص» (بمعنىٰ).

[٩] «ص» (الابتداء).

[١٠] «ص» (الابتداء).

والجواب عن قياسهم ـ وفيه بيان فقه المسألة ومَزِلُّ القدم ـ: أن الخصم رجح الأطهار على الحيض لوجهين:

أحدهما: هذا، وهو: أن حال الطلاق حال الشروع في[١] أداء العدة[٢] بدليل أن محظورات الأداء تلزمه كحال انفجار الصبح في باب رمضان حال شروع في حال أداء الصوم وإذا كان حال شروع الحيض اعتبرت وجود شرائط صحة الأداء مقرونة به[٣] لا يجوز الفصل إلا بدليل بخلاف القياس.

والثاني: أنه يؤدي إلى قصر العدة، فإن الحيضة الثالثة تسقط بهذا التفسير، ونحن رجحنا الحيض على الأطهار ليكون القروء ثلاثةً كوامل وليتعرف[٤] بما تؤدي به العدة براءة الرحم.

والوجوه معان فقهيةٌ وإنما نحتاج إلى الترجيح، فنقول وبالله التوفيق: معنى تعرف براءة الرحم مع تكميل الأقراء أولى بالاعتبار من معنى قصر العدة ووصلِ الأداء بالشروع، وذلك لأن عدة الأمة على النصف من عدة الحرة بالإجماع، ثم جعلت قرءين وفيه زيادة نصف القرء. وهي زيادة على أصل الوضع احترازًا عن تعليق الحكم ببعض القرء وكينونتُها مما لا تقبل التجزئة فيما يتعلق به من الحكم واحتمال العدة ضربا من الزيادة فلأن يفسد القول بالنقصان عن أصل الوضع في مسألتنا أولى فإن النص ثلاث وفيه تعليق الانقضاء ببعض القروء لأن النقصان مما لا يصار إليه إلا بدليل فكيف يحتمل مع وجود[٥] مانع من النقصان وهو

[١] «أ» زيادة (حال).

[٢] «ص» (العبادات).

[٣] «ص» زيادة (ثم).

[٤] «ص» (فليتعرف).

[٥] «أ»، «ن» (دليل).

تعليق الانقضاء بالبعض وأنها[١] مما لا يتبعض شرعا حتىٰ وجبت الزيادة علىٰ الوضع في عدة الأمة لكونها لا تتبعض ، ولأنه قد تبين بعدة الأمة أن العدة تحتمل ضربا من الزيادة والطول بدليل وأن القرء مما لا يحتمل التبعيض مع الدليل المبعض وهو تنصيف العدة فكان المصير إلىٰ ما[٢] يحتمل أولىٰ من المصير إلىٰ ما لا يحتمل.

ولهذا قلنا: من قال لامرأته أنت طالق إن حضت نصف حيضة لا تطلق حتىٰ تطهر ، كما لو قال حيضة ، ولأن الطلاق لم يشرع في الطهر لمكان أنه عدة ولكن حالَ رغبة فيها ومعرفة أنها ليست بحامل حتىٰ لا يندم بسبب الولد أو بمجيء حال الطهر وحال الرغبة فيها فيحتاج إلىٰ الرجعة فيكون مشتغلا بأمر احتاج إلىٰ نقضه[٣] ولكن لا يطلق إذا رغب فيها بالطهر فيكون غير مشتغل بما أبغضه الله تعالىٰ ، فهذا طول يسقط اعتباره لهذه الفائدة التي لا تحصل إلا به كما زيد في عدة الأمة بالأقراء بدليل أنه لا يقبل التجزؤ.

ولما جازت[٤] المعارضة في باب الطول بوجه آخر سقط اعتبار ما قاله ولم يُحتج إلىٰ جعل الطهر عدة لمكان القصر.

ألا ترىٰ أن الطلاق الثالث[٥] جعل في الطهر ولا يوجب قصرا للعلة[٦]

---

[١] «ص» (فإنهما).

[٢] «ص» زيادة (لا).

[٣] «أ» (بعضه).

[٤] «أ» ، «ن» ، «ص» (جاءت).

[٥] «أ» ، «ص» (الثلاث).

[٦] «ص» (العدة).

التي قلناها. وكذلك يكره في الطهر بعد الجماع، وحكمة القصر قائمة[١] لمكان أنه عسى يندم بالحمل، وبقي لنا وجوب اعتبار أقراء كوامل بلا معارضة بل اعتبار القروء أطهارا يوجب الزيادة لأن القروء لا تتجزأ فيجب تعليق الانقضاء بالطهر الرابع لتصير ثلاثةً كوامل كما قلنا نحن فيمن طلق امرأته في الحيض أن العدة لا تنقضي إلا بالحيضة الرابعة، وكما قالوا جميعا في أقراء الأمة المنكوحة فيصير على هذا الاعتبار حجة عليه.

وأما حديث وصل الأداء بالشروع فلا نسلم لهم أنه أصل، بل نقول: إن العبادات على ضربين:

منها: ما شرع أداؤه متصلا بعضه ببعض إلى أن يفرغ عنه كالصوم والصلاة فاعتبر شرائط الأداء جملة حين الشروع والوقت من جملة الشرائط[٢] كما اعتبر سائر[٣] الشروط من الاستقبال والطهارة والإسلام.

ومنها: ما شرع أداؤه منفصلا بعضه عن بعض كالحج فإن أركانها شرعت في أمكنة متفرقة فلا بد من تفرق أدائها بعد الشروع فلم يعتبر شرائط الأداء وقت الشروع بالإجماع بل صح لأول شوال، وركنه لا يتأدى إلا بعرفة يوم عرفة والمكان معدوم وكذلك الوقت للحال وطواف التحية سنة لا عبرة به، وإن أشكل عليك الوقت فلا إشكال في المكان، فمكان الإحرام غير مكان الأداء بلا إشكال ولا يمكن الأداء في غير مكانه كما لا يمكن في غير زمانه والعدة بالقروء نظير الحج فإنها شرعت بالقروء وهي حيض أو أطهار، وهي منفصلة على القولين

[١] «ص» (فإنه).

[٢] «س»، «أ» (الشرائع)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٣] «ص» (جملة).

جميعا، فتكون المرأة شارعة في العدة أيام الحيض على أصلكم غير مؤدية، وعلى أصلي أيام الطهر، فلم يصر الشروع دليلا على شرط الأداء لما بقي بلا شرطه وكان كالحج، والعدة بالأشهر شرعت متصلة، فكان كالصوم والصلاة.

فصار هذا الأصل حجة عليه لا له فإنا رأينا الحج لما شرعت أركانه منفصلة شرع حالُ الشروع فيه في غير وقت الأداء ومكانه فكذلك هذه العدة ليكون ابتداؤه دليلا على انفصاله في أثنائه، فيبقى لنا حال تعرف البراءة بالحيض بلا معارضة.

إلا أن ما قاله الخصم أظهر، يناله المجتهد بلا تكلُّف، وهذا الذي قلناه أدق لا ينال إلا بجِدِّ تأمُّل، وعلى هذا دأبه ودأبنا في المسائل، والله أعلم.

ووجهٌ آخر في المسألة على سبيل البناء وهو: أنا بينا[١] أن عدة أم الولد نظير عدة النكاح لا نظير استبراء الإماء في كتاب النكاح وهي بالحيض بالإجماع فكذلك هذه، والله أعلم.

[٧٥٩] **مسألةٌ:** الصبي إذا مات عن امرأته وهي حامل كانت عدتها بالأشهر قياسا، وهو قول الشافعي ﷺ(٢). وبوضع الحمل استحسانا وهو قول علمائنا ﷺ.

وجه القياس: قول الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤]. ولأن الاعتداد بالحمل شرع لصيانة الحمل، فإنه شرع بلا حمل لصيانة الماء على ما عرف، فإذا تحقق الحمل وقدر

---

[١] «ص» (أثبتنا).

(٢) انظر: «الأمّ» (٥/٢٣٥)، «مختصر المزني» (٨/٣٢٣)، «الحاوي الكبير» (١١/١٨٩).

الاعتداد[١] به كان لصيانته لا محالة فإذا كان الحمل من زنا محض لم يجب احترامه فلم[٢] يجب الاعتداد به، وجعل كالعدم في حق العدة كالموطوءة بزنا لا عدة عليها لذلك الماء لعدم الحرمة فكذلك هذه، وقياسا على الحَبَل الحادث بعد الموت فإن العدة تنقضي بالأشهر وهي حامل لأنه ولد زنا بخلاف الملاعنة بالحبل فإنها تعتد بالحمل لأنه بقي هناك ضرب شبهة. ألا ترى أنه لو ادعاه ثبت النسب[٣]، ولولا الشبهة لما ثبت وكذلك لو ادعاه[٤] غيره لم يثبت بخلاف ولد لا أب له، ونفس العدة تجب عن وطء لا يوجب حدا لشبهة[٥] فصح تقدير[٦] الاعتداد بحمل له شبه[٧] الرشدة كما يصح الاعتداد بحمل عن رشدة فإنا اعتبرنا أحدهما بالآخر ولا يلزمنا قوله[٨]: إنه يحل للملاعن تزوج هذا الحبل إذا كانت بنتا ولم يكن دخل بالأم لأنه لا نص عن الشافعي فيه، وإن سلمنا فلأن الشبهة لا تمنع النكاح. ألا ترى أن الموطوءة عن شبهة إذا ولدت من الواطئ ولم يثبت النسب منه حل له نكاحها عندي وإن وجبت العدة بتلك الشبهة.

ووجه الاستحسان: قول الله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ﴾ [الطلاق: ٤] ولم يقيد بذكر السبب فالتعليق به يكون زيادة على كتاب

[١] «ص» (فالاعتداد).

[٢] «ص» (بل).

[٣] «ص» زيادة (منه).

[٤] «ن» (ادعاها).

[٥] «ص» (لأنه وجد الشبهة)، في «أ» (لا يوجب حد الشبهة).

[٦] «ص» (بقدر).

[٧] «أ» (شبهة)، «ص» (نسبه).

[٨] «أ»، «ن»، «ص» (قولنا له).

الله تعالىٰ وأنه كالنسخ فلا يكون الحمل عليه تأويلا احتمل[١] اللفظ، ونحن متىٰ حملنا آية الوفاة علىٰ غير الحوامل كنا خصصنا قوله عن أزواجهم، والتخصيص محتملُ الكلام فكان تأويلا، ولأن آيتهم يقضىٰ عليها بآيتنا في الحمل[٢] عن رِشدة، ولأن آيتنا آخرهما نزولا علىٰ ما روىٰ[٣] عبد الله بن مسعود رضي الله عنه في ذكر تاريخهما.

والمعنىٰ فيها[٤]: أن عدة الوفاة لا عبرة فيها لصيانة الماء بدلالة أنها تجب لا عن وطء وتوهم وطء وتجب بالأشهر مع كونها من ذوات الأقراء، وشهر الحائض لم يُجعل علما علىٰ البراءة وإذا لم تكن لصيانة الماء إذا لم تكن حاملا لم يكن لصيانة الحمل حال الحمل بل تكون تربصا لينقطع به النكاح وقضاءً لحق الزوجية علىٰ ما مر في موضعه، وكانت المدة معتبرة لتقدير التربص لا غير، والتقدير للمدة بالحمل عن رشدة وزِنا سواء لا يفترقان فإذا وجبت بمدة الحمل إذا كان عن رشدة كان عن زنا بمنزلته[٥].

والعبارة أن شرط العدة وجد وهي حامل فيجب تقدير مدتها بمدة الحمل قياسا علىٰ ولد الملاعنة علىٰ أصل الشافعي والولد عن رشدة علىٰ أصلنا بخلاف الولد الحادث بعد الوفاة لأن المعتبر حال الوجوب[٦].

[١] «أ»، «ص» (لمحتمل)، «ن» (يحتمل).

[٢] «ن» (الحامل)، «ص» (الحوامل).

[٣] «ص» (روي عن).

[٤] «ص» (في المسألة).

[٥] «ص» (بمثله).

[٦] «ص» (الوجود).

ألا ترىٰ أنها لو حبلت حبلا ثابت النسب بأن[١] زفت إلىٰ رجل فدخل بها علىٰ تأويل أنها امرأته، كان الولد ثابت النسب منه، ولا تنقضي به العدة، وهذا لأن الحبل ليس بأصل، والأشهر بدل عنه في الوفاة كما كان كذلك في الطلاق، فإنّ الحبل بدل عن الحيض وهي أصل والأشهر بدل، فالقدرة علىٰ الأصل وإن ثبتت بعد الطلاق تبطل البدل، وفي باب الوفاة ليس كذلك، فإن الأصل حيض في الباب والحبل دليل عليه وفي الوفاة الحيض ليست[٢] بأصل فإنها تعتد بالأشهر مع الحيض بل كان لها في الوفاة حالتان: حال حبل، وحال فراغ، وفي كل حال نوع مدة أصلا لا بدلا.

دل عليه: أن المقصود كله من العدة ليس صيانة الماء الموجود واحترامه ولكن تعرّف براءة الرحم عن الماء المتوهم وبولادة الولد يتعرف البراءة سواء كان عن زنية أم رشدة فيصح[٣] الاعتداد بعدة[٤] الحمل عن زنا لهذه الفائدة، والله أعلم.

|٧٦٠| **مسألةٌ**: امرأة الفارِّ تعتد بأبعد الأجلين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: تعتد بالحيض لأن النكاح منقطع بينهما بدليل أنها لا تحل إلا بعقد جديد، ويدليل ثبوت أحكام البينونة[٥] التي لو كانت الإبانة في

---

[١] «ص» (بل).

[٢] «أ»، «ص» (ليس).

[٣] «أ» (فيصير).

[٤] «أ»، «ن»، «ص» (بمدة).

[٥] «ن» (البيتوتة).

الصحة إلا أنها[١] ترث، وإنما ورثت بالفرار[٢] لا بالنكاح، أي: لما قصد الفرار رد الشرع عليه وورث بالعدة وأقامها مقام النكاح، فلا تجب عدة الوفاة كما لو انقضت العدة وورثت بالنسب، وكما لو طلقها بسؤالها، ولا إشكال فيما إذا طلقها ثلاثا لأنه يحد إذا وطئها ولم يدع شبهة وكذلك المرأة إذا مرضت فدعت ابن الزوج حتىٰ جامعها وحرمت علىٰ الزوج ثم ماتت في العدة ورث[٣] ولا نكاح بعد المحرمية، فثبت أن الإرث بالعدة وحدها، ولا يقال: إن الحرمة لا تعمل في حق الإرث لأنها عملت في[٤] ملك الزوج حقيقة فأبطلته بغير إذنه ففي حق الإرث أولىٰ لأنها منافية حكما.

ألا ترىٰ أنها تثبت بجماع الصبي ويبطل نكاحه إذا جامع أم امرأته، وكذلك المريض إذا طلق امرأته بائنا[٥] ثم جامعها ابنه ثم مات وهي في العدة ورثت، فثبت أنها لا ترث بالنكاح بل بالعدة القائمة مَقام النكاح في إيجاب الإرث إذا قصد الزوج الفرار ردا لفراره.

ولهما: أن الإرث خراج الزوجية في الأصل لا خراج العدة، والعدة بعد الوفاة ضمان الزوجية، فلما[٦] قامت العدة علىٰ سبيل الفرار مقام النكاح في إيجاب الخراج قامت مقامه في إيجاب الضمان من طريق الأولىٰ. لأن العدة يحتاط لإيجابها علىٰ ما مر ولا يحتاط لإيجاب المال.

---

[١] «ص» زيادة (لا).

[٢] «ص» (بالقرابة).

[٣] «ص» (ورثها الزوج).

[٤] «ص» زيادة (حق).

[٥] «ن» (ثانيا)، «ص» (ثلاثا).

[٦] «ص» (فلو).

ألا ترى أن كمال المهر بعد الفرقة حال الحياة لما كان خراج نكاح تأكد بالوطء والعدة ضمانها ثم الخلوة[١] قامت مقام الدخول في إيجاب الخراج[٢] قامت[٣] مقامه في إيجاب العدة، وكانت العدة أولى حتى وجبت بالخلوة الفاسدة ولم يجب المهر بالخلوة الفاسدة فكذلك ها هنا لما قامت العدة مقام النكاح في إيجاب خراج الزوجية قامت مقام النكاح في إيجاب ضمانها.

|٧٦١| **مسألةٌ:** أم الولد إذا مات عنها سيدها وزوجها ولا يدرى كم بين موتيهما، ولا أيها[٤] مات أولا اعتدت بالأشهر عند أبي حنيفة ﷺ.

وعندهما[٥]: أبعد الأجلين، لأن الحيض يلزمها من وجه، وهو أن يموت المولي بعد موت الزوج بشهرين وخمسة أيام[٦] والعدة إذا احتملت[٧] الوجوب من وجه وجبت وإن سقطت من وجه كما لو كان بين الموتين شهران وخمسة أيام، وكذلك تجب بالأشهر أربعة أشهر وعشرا وإن احتمل[٨] موت الزوج أولا لأنه احتمل آخرا فتكون حرة، وكذلك إذا تزوج امرأتين في عقدة وثلاثا في عقدة وأربعا في عقدة ثم مات من غير بيان اعتددن جميعا لصحة نكاح كل فريق من وجه، وإن فسد من وجهين.

---

[١] «ص» زيادة (لما).

[٢] «ص» (الضمان).

[٣] «ن» (فقام).

[٤] في «أ» (أيهما).

[٥] «ص» (وقال أبو يوسف ومحمد).

[٦] «ن» (ونصف).

[٧] «ن» (اجتمعت).

[٨] «ص» (احتملت).

ولا يلزم إذا قال لامرأته: إن دخلت الدار[١] فأنت طالق ثم مات ولا يدرى ما حالها فإنها لا تعتد بالحيض وإن احتمل[٢] الدخول والطلاق ووجوب الحيض وجائز أنه لم يدخل ولم تطلق ولم[٣] يلزمها الحيض، لأن هذه المسألة لا تروى.

ثم الجواب أن الطلاق لا يحكم بوقوعه متى وقع الشك في وجود شرطه، وإذا لم يحكم لم يوجد شرط الحيض بوجه، فأما في مسألتنا هذه فالحيض يجب بموت المولي[٤] في حال الفراغ عن عدة الزوج والموت[٥] موجود بلا شك والحالة محتملة في كونه شرط العدة فترجح جهة الوجوب[٦] احتياطا لأمر العدة، ولا معنى لقولكم: إن الموتين إذا ظهرا ولم تظهر بينهما مدة جعل كأنهما وقعا معا كالغرقى والحرقى فإنه لا يرث بعضهم بعضا كما لو ماتوا جميعا معا، لأن الإرث امتنع فيهم لاحتمال كل واحد منهما أن يكون هو الوارث واحتمال أن لا يكون فلم يجب الإرث بالشك حتى لو عُلم بمدة مديدة بين موتين[٧] ولكن لم يدر أيهما مات أولا لم يرث أحدهما صاحبه وها هنا بالاحتمال تجب العدة كما لو كانت المدة أكثر من شهرين وخمسة أيام.

وأما أبو حنيفة رحمه الله، فإنه يقول: بأن سبب الحيض لم يثبت فلا يجب الحيض قياسا على ما إذا علم أن بين الموتين أقل من شهرين وخمسة أيام وعلى

---

[١] «ص» (إن لم أدخل الدار اليوم).

[٢] «ص» زيادة (عدم).

[٣] «أ» (لا).

[٤] «ص» (للمولي).

[٥] «ن» (المولى).

[٦] «ص» (الجواز).

[٧] «ن» (ميتين).

ما[١] إذا قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق فمات قبل البيان لم يلزمها الاعتداد بالحيض.

وإنما قلنا: سبب الحيض لم يثبت لأن السبب موت المولي وهي فارغة عن عدة الزوج ونكاحه ولم يثبت هذا الشرط لأن المولي إن مات أولا فالنكاح قائم وإن مات آخرا فالعدة قائمة.

❁ فإن قيل: يحتمل أنه مات بعد الزوج بشهر[٢] وخمسة أيام.

❁ قلنا: الموت آخرا لا يوجب العدّة إلا أن تكون العدة[٣] شهرين وخمسة أيام والمدة محتملة للنقصان والزيادة فلا يثبت أحدهما بالاحتمال ولم يترجح جهة الزيادة لمكان العدة، لأن المدة ليست بسبب العدة ليترجح جهة الوجوب كما في مسألة اليمين احتمل الموت بعد الحنث وقبله، ولم يجب الحيض لأن الشك في الحنث وأنه سبب الطلاق، فإن الطلاق حينئذ يقع فلم يترجح جهة الوقوع لأنه مما لا يحتاط في إيقاعه وإذا لم تثبت المدة زائدة على الشهرين وخمسة أيام بقي نفس التأخر فلا تجب العدة بموته. بخلاف ما إذا علم أن بين الموتين شهرين وخمسة أيام لأن[٤] الموت[٥] إن تأخر عن موت الزوج وجب والموت موجود والتأخر محتمل وهي سبب العدة إذا تأخر فترجح جهة التأخر للموت، وكذلك مسألة العقد: الموت سبب العدة في حال الصحة والموت ثابت

[١] «ص» (من).
[٢] «أ»، «ن»، «ص» (بشهرين).
[٣] «ن»، «أ» (المدة).
[٤] «ن» (أن).
[٥] «ص» (موت المولي).

وفي الحال إشكالُ حالِ صحة وفساد فترجَّح[١] جهة الوجوب.

فصار سر المسألة: أن أبا حنيفة يقول: الشك في المدة والاحتمال فيها وهي ليست بسبب العدة فلا يحتاط لتعيين[٢] جهة منها.

وهما يقولان: موت المولي هو الموجب للعدة ولكن الاشتغال بالزوج يمنع وموت المولي ظاهر وقد احتمل الوجود[٣] بعد الفراغ عن عدة الزوج فترجح هذه الجهة.

بخلاف مسألة الطلاق، لأن الشك في نفس الطلاق فوزانه من مسألتنا أن يقع الشك في الموت وبالشك لا يقضىٰ بسبب[٤] العدة ولكن إذا ثبت[٥] السبب سببا من وجه دون وجه يترجح جهة السببية، لأن السبب متىٰ ثبت بنفسه وقع الفراغ عن حكمه وبقيت العبرة لنفس العدة وإذا لم يبق مع العدة شيء آخر احتيط لها، فأما إذا وقع الشك في نفس السبب وللسبب حكم آخر سوىٰ العدة لا يحتاط لإيجابه كالبينونة لم يترجح جهة الثبوت، وفي مسألتنا هذه الموت ثابت ولا حكم بقي سوىٰ العدة والمسألة مشكلة، وقد يقال: إن موت المولي سبب عدة العتاق في حال موته وهي فارغة عن عدة الزوج ونكاحه وليس بسبب حال قيام النكاح ولا حال قيام العدة بعد موت الزوج والحال لا تساوي حالين وإذا لم تثبت المساواة لم يترجح بسبب العدة فإن الترجيح بعد المساواة.

---

[١] «ص» (لترجح).

[٢] «أ» (تعيين).

[٣] «ن»، «ص» (الوجوب).

[٤] «أ» (سبب).

[٥] «ص» (اكتسب).

ولا يلزم مسألة العقد لأن موت الزوج في حق كل فريق، إما أن يكون عن صحة أو فساد وليست ها هنا حالة ثالثة. إلا أنه يقال: الفساد من وجهين فأشبه هذه المسألة.

وجواب آخر: أن سبب العدة ثابت بيقين وهو الموت عن النكاح في الجملة، والكلام وقع فيمن تجب عليه العدة فإنها مجهولة وجهالة المقضي عليه لا تمنع صحة القضاء بعد ثبوت الحكم بعلته دائرا بين جملة لمستحق معلوم. ألا ترىٰ أن الطلاق لو كان قبل الدخول مجهولا سقط نصف المهر دائرا بينهن[١] ثم يجعل بينهن علىٰ السواء فكذلك ها هنا، إلا أن العدة لا يتجزأ وجوبها فيكمل والمهر يتجزأ فيصيب كل واحدة البعض، وفي مسألتنا هذه الاحتمال وقع في نفس الوجوب وحال السقوط أغلب فلم يجب الاشتغال فيه بالترجيح، والله أعلم.

|٧٦٢| **مسألةٌ**: المتوفي عنها زوجها إذا كانت حاملا اعتدت أبعد الأجلين عند علي رضي الله عنه، وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: تعتد بالحمل، فكان علي يقول: كل آية توجب عدة علىٰ وجه فأجمع[٢] بينهما احتياطا، وكان عبد الله[٣] يقول: «من شاء باهلته أن قوله: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ نزل بعد قوله: ﴿[يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ][٤] أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤]»(٥)، يعني أن

---

[١] «أ» (بينهم).

[٢] «ن» (وأجمع).

[٣] «ص» (ابن مسعود).

[٤] ما بين [ ] ليس في «ن»، «ص».

(٥) رواه البزار في مسنده (٤/٣٤١ برقم: ١٥٣٥)، والطبراني (٩/٣٢٩ برقم ٩٦٤٣) بلفظ: «مَنْ شَاءَ حَالَفْتُهُ» وأصله في البخاري.

العبرة للتاريخ لا للعموم والخصوص فيجب العمل بآخرهما وترك الأول به.

[٧٦٣] **مسألةٌ**: الأمة إذا أعتقت وهي معتدة عن زوج فإن كان الطلاق رجعيا صارت العدة عدة الحرائر، وإن كان بائنا لم تتغير.

وللشافعي(١) رحمه الله قولان في المسألتين جميعا.

وجه التغير: أن عدة الأمة بمنزلة البدل عن عدة الحرة لأنها منقوصة بعدم الحرية والقدرة على الأصل تغير حكم البدل، كالصغيرة إذا حاضت في أثناء العدة.

وجه القول الثاني: أن كل عدة في حالها أصل بنفسها كعدة الحامل والحائل عن الوفاة بدليل أنها تعتد بالنصف وهي قادرة على الكل حكما وحقيقة، ولو كان النصف بدلا لما وجب إلا بعد عدم الأصل وكذلك قلتم أنتم لا تتغير إذا كان الطلاق بائنا[٢] وإذا كان كل واحد منهما أصلا لم تتغير بالحرية لأنها ليست بسبب للعدة[٣] ولا شرط، إلا أنا نقول: إن الطلاق الرجعي لا يقطع الملك ولا يوجب خللا على ما مر، [والعدة وجبت لينقطع النكاح، ونكاح الحرة على حكم ضعف نكاح الأمة على ما مر][٤] فلم ينقطع إلا في ضِعف مدة نكاح الأمة، وإذا كان التنصيف لهذا المعنى على ما مر في مسألة الطول، وعتقت في العدة والنكاح قائم كمل النكاح وانقلب نكاح حرة، حتى كان لها الخيار لازدياد النكاح عليها،

---

(١) انظر: «مختصر المزني» (٨/٣٢٥)، «الحاوي» (١٠/٧ ـ ١٨).

[٢] «ن» (ثابتا).

[٣] «ص» (بسبب العدة).

[٤] ما بين [ ] ليس في «ص».

وهي حرة فلا ينقطع بما ينقطع نكاح الأمة ، وأما إذا كان الطلاق بائنا فالنكاح منقطع للحال والعدة وجبت قضاءً لحق نكاح انقضىٰ وهو نكاح أمة فلا يجب قضاء نكاح الحرة بل يجب علىٰ نصف ذلك ، والله أعلم .

|٧٦٤| مسألةٌ: أقل ما تصدق المرأة في انقضاء العدة ستون يوما إذا كانت ممن تحيض عند أبي حنيفة ﷺ .

وعندهما[١] تسعة وثلاثون يوما بناء علىٰ أقل الحيض ثلاثة أيام[٢] ، وأقل الطهر خمسة عشر يوما[٣] ، والطلاق في آخر الطهر لأنها مؤتمنة فتصدق ما أمكن ، وهذا ممكن ، لأن المتعلق بالعدة حرمات شرعية مؤقتة علىٰ ما مر ، فكان دعوىٰ الخروج عنها حقا بين العبد وبين الله ، والعبد مصدق في أداء أمانته[٤] ما لم يظهر كذبه بيقين لا عبرة للظاهر فيه ، لأن الله تعالىٰ عالم بالحقائق بخلاف[٥] الوصي إذا قال: أنفقت مالا عظيما علىٰ اليتيم بحيث تكذبه العادة فإنه لا يصدق لأن الحق في المال لليتيم والمعتبر في حق العباد ظاهر الحال ، لأنهم لا يقفون علىٰ الحقائق ، وبخلاف ما إذا قال الزوج: راجعتك فقالت مجيبة: قد انقضت عدتي فإنها لا تصدق عندهما لأن حق الزوج في النكاح يعود بالرجعة ، ولأنها تصير محجورة عن هذه الأمانة[٦] بالرجعة علىٰ ما بينا في موضعه .

---

[١] «ص» (عند أبي يوسف ومحمد) .

[٢] «س» ، «ن» ، «أ» (ثلاثة) ، والمثبت من «ص» .

[٣] «س» ، «ن» ، «أ» (خمسة عشر) ، والمثبت من «ص» .

[٤] «ن» (مافاته) .

[٥] «ص» (كالأب و) .

[٦] «ن» (الإبانة) .

ولأبي حنيفة: أن الظاهر كذبها في دعواها فلا تصدق في حق العباد قياسا على الوصي إذا ادعى نفقة مال عظيم بحيث تكذبه العادة على اليتيم، والعدة قضاء حق النكاح فكان للزوج فيها حق خاصة عدة الطلاق الرجعي فإن النكاح قائم وللولد[١] حق فيها فإن ثبات النسب يتعلق ببقائها إلى سنتين[٢] من حين الطلاق، وإنما قلنا كذبتها العادة لأن عادات النساء في الحيض لا تتفق على أقل الحيض والطهر إلا نادرا[٣].

[٧٦٥] **مسألةٌ**: موضعها باب التيمم من الصلاة.

التيمم بعد الحيضة الثالثة[٤] يقطع الرجعة قياسا وهو قول محمد رحمه الله.

ولا يقطع استحسانا، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وعلى هذا الاختلاف حل المجامعة.

وعن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم[٥] الزوج أحق برجعتها ما لم تغتسل، وعن علي وعبد الله رضي الله عنهما ما لم تحل لها الصلاة، وليس بين الروايتين تناف لأن الغسل هو الطهر[٦] عادة، فلذلك علق البعض[٧] به، وكذلك حل الصلاة بالغسل يكون

[١] «ص» (والولد).

[٢] «أ» (شيئين).

[٣] «ن» زيادة (فسبيل هذه المسألة أن تؤخر إلى فصل الرجعة بعد مسائل العدة. وكذلك مسألة دعوى الرجعة على الأمة).

[٤] «ص» زيادة (إذا كانت أيامها دون العشر).

[٥] «ص» زيادة (أنهم قالوا).

[٦] «أ»، «ن» (الطهور)، «ص» (للطهر).

[٧] «أ» (الرجعة)، «ن» (النقض).

عادة، فعلىٰ اعتبار العادة يصير حال التيمم مسكوتا عنها، وعلىٰ الظاهر بين الروايتين تعارض.

وجه القياس: أن التيمم طهارة أباحت[١] الصلاة فيقطع الرجعة قياسا علىٰ الاغتسال بل أولىٰ، لأن أداء الصلاة أشد ثبوتا من انقطاع الرجعة فإنها لو اغتسلت بسؤر الحمار أو اغتسلت وبقيت لمعة قطعت الرجعة ولم يبح أداء الصلاة ولا معنىٰ لقولكم إنه يتوهم رؤية الماء وبطلان التيمم فإنها إذا اغتسلت انقطعت الرجعة ويتوهم رؤية الدم[٢] ومعاودة الدم[٣] وبطلان الاغتسال، وهذا لأن الثابت لا يرتفع بالوهم.

ووجه الاستحسان: أن التيمم ليس بطهارة في الأصل بل هو تلويث قياسا، وإنما عُرف طهارة شرعا بخلاف القياس حكما فيثبت طهارة بقدر ما ورد الشرع به، والشرع إنما جعله طهارة في حق الصلاة لا غير، لأنه قال: ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغْسِلُواْ وُجُوهَكُمْ﴾، إلىٰ أن قال: ﴿فَلَمْ تَجِدُواْ مَآءً فَتَيَمَّمُواْ صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ [المائدة: ٦] فجعله بدلا عن الغسل المشروع للصلاة، فيبقىٰ وراء الصلاة غيرَ طهارة علىٰ أصل القياس، كما بقي كذلك غير طهور في حال وجود الماء لأن الشرع جعله طهورا في حال عدم الماء فلم يتعده. ألا ترىٰ أنه إذا لم يرد[٤] الصلاة حين التيمم لم يصح بخلاف الوضوء والعدة ليست من الصلاة في شيء أو انقطاع الرجعة فلم يثبت طهارة في حقها[٥]، وكذلك الجماع.

---

[١] زاد في «أ» (أداء).

[٢] «ص» (الماء).

[٣] «أ»، «ن»، «ص» (الحيض).

[٤] «ص» (يؤد).

[٥] «ن»، «ص» (حقهما).

فأما القراءة، فركن الصلاة والمسجد مكان الصلاة فيثبت طهارة في حق القراءة ودخول المسجد فعَلمتَ أن التيمم في حق انقطاع الرجعة حال عدم الماء كهو في حال وجود الماء، ولهذا سماه استحسانا، فالظاهر أنه حال عدم الماء بمنزلة الاغتسال، وكذلك مس المصحف، لأن الحرمة ثبتت للقرآن والطهارة ثبتت في حق القرآن فأما الجماع وانقطاع الرجعة فحكمان منفصلان فإنها إذا اغتسلت في غير وقت الصلاة حلت للزوج ولا صلاة.

ويخرَّج على هذا الاغتسال بسؤر الحمار لأنه مشكل، وهذا طاهر[١] طهور من وجه، فوقع الإشكال في الانقطاع فاحتطنا لقطع الرجعة ولم تبح الصلاة احتياطا أيضا، وكذلك الاغتسال مع بقاء لمعة، لأنها احتملت اليبس بعد الغَسل وأنها لم تغتسل، فأما فيما نحن فيه فلا احتمال فيما وراء الصلاة لجهة الطهارة، بل هو غير طهور يقينا وراء الصلاة.

❁ فإن قيل: إنما تنقطع الرجعة لأنه حل لها أداء الصلاة وهذا من أحكام الطاهرات فتنقطع به الرجعة كما إذا مضى وقت صلاة انقطعت الرجعة لأن الصلاة صارت[٢] عليها وهو من أحكام الطاهرات.

❁ قلنا: حل الصلاة عبارة عن طهارة التيمم نفسها لا شيء آخر فإن هذه طهارة حكمية لا حقيقية والحكم إباحة أداء الصلاة كالطهارة الحقيقية تفسيرها زوال عين النجاسة، وإذا كان قولنا حلت لها الصلاة تفسيرا لقولنا[٣] تطهرت، وقد ثبت أن قولنا تطهرت ثابت في حق الصلاة لا غير فكذلك قولنا حلت لها

---

[١] «ص» زيادة (من وجه).

[٢] «ص» زيادة (دينا).

[٣] في «أ» (كقولنا).

الصلاة، فأما الصلاة الثابتة[١] في الذمة دينا بمضي الوقت فثابتة قياسا وهو التفويت بعد توجه[٢] الخطاب لا بالشرع، بخلاف القياس فظهر في حق سائر الأحكام.

على أن السؤال باطل بتوجه الخطاب بالأداء فإنه من حكم الطاهرات[٣] ولم تنقطع الرجعة ما لم تتيمم أو تغتسل، وهذا لأن القياس أن لا يتوجه الخطاب بالصلاة وهي في حكم الحيض بعدُ إلا أنا تركنا ذلك لضرورة أنه يؤدي إلى أن تمكث كذلك طاهرا أو لا تغتسل فلا تجب عليها الصلاة بسبب ترك الاغتسال وأنه قبيح[٤] فوجهنا الخطاب دفعا لهذه الضرورة فثبت في حق نفسه دون غيره وهو انقطاع الرجعة حتى إذا مضى الوقت وصارت الصلاة دينا قياسا لأنه ثبت بالتفويت بعد الخطاب أوجب قطع الرجعة وحُكم بطهرها[٥] لثبوت حكم الطاهرات فيها قياسا فكذلك ها هنا إذا صلت انقطعت الرجعة لأن الصلاة جازت قياسا لأنها أدت بطهارة في حقها وجواز الصلاة من أحكام الطاهرات، فلما ثبت قياسا ظهر في حق كل حكم وثبت من كل وجه.

ودل عليه: أن التيمم طُهر[٦] بشرط عدم الماء في حق الصلاة، على ما ذكرنا ولن يتحقق ثبوت العدم في حق الصلاة ما لم يَفرغ عنها لاحتمال أن يدوم العدم أو لا يدوم.

---

[١] «ص» (الثانية).

[٢] «ص» (وجه).

[٣] «ص» (الطهارات).

[٤] «ص» (نسخ).

[٥] «أ»، «ن»، «ص» (تطهرها).

[٦] «ص» (طهارة).

ألا ترى أنه متى وَجد قبل ذلك استقبل الصلاة بوضوء وكان يجب أن لا تباح الصلاة لأن الشرط لم يتحقق في المستقبل من الزمان، إلا أنا أبحنا ضرورة عدم إمكان إثبات العدم[١] حقيقة في حق كل الصلاة ثم[٢] الصلاة بعده وهذه الضرورة معدومة في حق غير الصلاة من الرجعة، فلا تثبت طهورا في حقها مع الشك ما لم يتحقق عدم الماء إلى أن يصلي فإذا صلى[٣] تحقق العدم وصار طهورا شرعا، حتى إنه وإن[٤] وُجد الماء لم تبطل تلك الصلاة وانقطعت الرجعة حينئذ، بخلاف الاغتسال لأنه طهور أصلي وشك في انتقاضه فلا ينتقض بالشك، وها هنا شك في ثبوته بتحقق العدم إلى أن تصلي فلا تثبت بالشك.

|٧٦٦| مسألةٌ: إذا أقرت المعتدة بانقضاء العدة لمدة تنقضي في مثلها العدة ثم جاءت بولد لمدة يحدث في مثلها الحبل بعد الإقرار ويبقى في مثلها الولد من وقت الفراق لم يثبت النسب عندنا.

وعند الشافعي ﷺ(٥) يثبت حملا لحال الولد على الصلاح وتبين أن الإقرار لم يكن بخالص حقها، بل تناول حق الولد فكذّبت في حق الولد[٦] كما إذا ولدت لأقل من ستة أشهر.

إلا أنا نقول: يمكننا أن نصدقها لكونها أمينة كما لو لم يكن ولد مع أن

---

[١] «ن» (للعدة).

[٢] «ن» (نعم).

[٣] «ص» (صلت).

[٤] في «أ» (وإنه).

(٥) انظر: «الأمّ» (٥/٢٣٧)، «مختصر المزني» (٨/٣٢٤)، «الحاوي الكبير» (١١/٢٠٩).

[٦] «ص» زيادة (و).

يحمل حال الولد على الصلاح بنكاح مبتدأ لم يظهر لنا ولا نكذبها بتناول إقرارها نسب[١] الولد لأنه حادث محتمل فلا يبطل الإقرار بالاحتمال ولا الحدوث بالاحتمال، والله أعلم.

[٧٦٧] **مسألةٌ:** المطلقة الصغيرة إذا جاءت بولد لتسعة أشهر من يوم الطلاق لم يثبت النسب عند أبي حنيفة ومحمد ﷺ وقال أبو يوسف ﷺ: يثبت، لأنها معتدة جاءت بالولد في مدة الحمل قبل الإقرار بانقضاء العدة فوجب أن يثبت النسب قياسا على الكبيرة، وهذا لأنه من المحتمل أن يكون الحبل[٢] من الزوج وكانت بلغت ولم تكن تشعر به والفراش موجب للنسب، فلا يقطع بالشك وهذا الاحتمال قائم في الكبيرة لأنه يجوز أنها حبلت بعد الفراق.

دل عليه: الكبيرة المتوفى عنها زوجها التي تنقضي عدتها بالأشهر كهذه إذا جاءت بولد إلى تمام سنتين ثبت النسب وإن تُوهم من علوق حادث بعد أربعة أشهر وعشر إلا أنا نقول لما مضت ثلاثة أشهر حكم بانقضاء عدتها كأنها أقرت به لأن الصغر ينافي الحبل ولم يزل هذا الأصل بالنكاح لأنها لا تحبل وإن وطئت وإذا لم يزل وبقي الحكم له انقضت العدة بثلاثة أشهر بدليل قائم موجب يوجب الانقضاء وهو الصغر فأشبه الإقرار به وهي كبيرة فلا يبطل هذا الحكم بالشك كما إذا أقرت وكما لو[٣] جاءت بولد لستة أشهر على ما مر مع الشافعي بخلاف الكبيرة لأنها لما تزوجت صارت مشغولة بالولد حكما لأن النكاح شاغل[٤] وهو

[١] «ن» (سبب)، «ص» (بسبب).
[٢] «ص» (الولد).
[٣] «ن» (ثم).
[٤] «ن» (تشاغل).

في حكم حقيقة الوطء في حق النسب وما فيها ما ينفي الشّغل ، فإذا صار الأصل للشغل لم يحكم[١] بالانقضاء بالأشهر ، وإن كانت عدةَ وفاة إلا بدليل على الفراغ وهو الإقرار منها بالانقضاء بالأشهر بناء على الشغل الثابت ولا ينقطع إلا بيقين وهو أن تلد لأكثر من سنتين .

[٧٦٨] مسألةٌ: الكبيرة المطلقة بائنا[٢] إذا لم تقر بانقضاء العدة حتى جاءت بولد لأكثر من سنتين وكانت أخذت النفقة ردت نفقة ستة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد ﷺ ، .

وقال أبو يوسف ﷺ: لا تردُّ شيئا لأن العدة انقضت بالولادة فلم تصر آخذة بغير حق فلا ترد كما إذا كان الطلاق رجعيا أو ولدت لتمام سنتين .

والدليل على أن العدة انقضت بالولادة أنها ممن تحيض وعدة الحائض لا تنقضي بالأشهر وإنما تنقضي بالقروء أو[٣] بالولادة ، والقروء لا تثبت إلا بإقرارها وهي منكرة فلم يبق للانقضاء دليل إلا الولادة .

إلا أنا نقول: لما ولدت لأكثر من سنتين علم أنه من علوق حادث ، ولهذا لا يثبت النسب من الأول والعدة لا تنقضي بعلوق حادث كالصبي إذا مات عن امرأته فحبلت بعد موته في العدة فإن العدة تنقضي بالأشهر نص عليها في الأصل ، وإذا لم تنقض بالولادة ولا عدة بعدها بالإجماع علم أن الانقضاء كان قبل ذلك يقينا وأنها أخذت نفقة بعد الانقضاء فترد ، إلا أنا قدرنا بستة أشهر لأنا

[١] «أ» زيادة (إلا).

[٢] «ن» (ثلاثا) ، «ص» (بائنا).

[٣] «أ» ، «ص» (و).

نحمل حال الولد على[١] الصلاح فنجعل كأنها تزوجت وولدت عن ذلك، وأقل المدة ستة أشهر، فلا تثبت الزيادة بالشك وتنقضي العدة بإقرارها الثابت[٢] ضمنا للنكاح، كما لو نكحت طاهرا فإنه يجوز ويكون إقرارا بانقضاء العدة، فيكون فيه حكم بانقضاء العدة بإقرار ثبت حكما وحكما بالولادة عن نكاح فيكون أمرا مستقيما موافقا للقياس.

❊ فإن قيل: إنا نجوز انقضاء العدة بالولادة بعلوق حادث في الطلاق بخلاف الوفاة، لأن عدة الوفاة بالأشهر والحبلُ لا ينافي مضيَّ الشهور، فإذا ثبت أجلها في الابتداء بالأشهر لم يبطل بحبل[٣] حادث لا ينافيها، وإذا كان الحبل قائما عند الوفاة كان تقدير[٤] الأجل بالحبل أولى، لأنه أدل[٥] على البراءة وهي معتبرة في الجملة في باب العدة[٦] فاعتبر مرجحا إذا اجتمع الحمل والأشهر وإن لم يعتبر علة[٧] وهذه العلة[٨] مما تجب بلا توهم ماء ولا براءة، فأما عدة الطلاق فيمن تحيض، فلا تنقضي بالأشهر ولكن بالقروء، والحبل ينافي القروء، فإذا حبلت بعد الفراق وبطلت القروء لم يجز الحكم بالانقضاء بالقروء ولا قروء، ولا يمكن الإبقاء بعد الولادة بالإجماع لمعنى أن عدة الفراق لا تخلو عن معنى تعرف براءة الرحم والولادة أبلغ ما يتعرف به براءة الرحم، فلم يجز أن تبقى

---

[١] «أ» (مع).
[٢] «أ» (للثابت).
[٣] «ص» (حدوث).
[٤] «ص» (تقرير).
[٥] «أ» (أول).
[٦] «ن» (العدد).
[٧] «أ» (علمه).
[٨] «ن» (العدة).

لمعنىٰ تعرف براءة الرحم شيء آخر دون الولادة، فوجب الحكم ضرورة بانقضاء العدة بالولادة، وعلىٰ هذا الفصل، وهو أن لا يبقىٰ بعد الولادة عدة إجماع، فلا يحتاج إلىٰ الدلالة عليه. وإنما يحتاج إلىٰ بيان أن حدوث الحمل في عدة القروء يبطل الاعتبار بها لانعدامها ضرورة، بخلاف عدة الوفاة، فهذه طريقة معروفة تشكل بهذا[١] السؤال.

ويمكن أن يجاب عنه: بأن عدة الفراق فيها[٢] معنىٰ براءة الرحم عن الماء المحترم والحبل عن زنا لا حرمة له فلو وقع الاعتداد بحبل حادث لوقع احتراما له، فلم يجز علىٰ ما ذكرنا من وجه القياس في عدة الوفاة عن الصبي بالحبل.

والوجه في المسألة: أن الولد ما أمكن حمله علىٰ الرشدة لا يحمل علىٰ الزنا وقد أمكن أن نجعله عن نكاح، وأقل المدة ستة أشهر فتجعل كأنها نكحت ظاهرا فيصير إقرارا بانقضاء العدة كما لو ظهر والمسألة بحالها، فيلزمها رد نفقة ما أخذت[٣] بعد الإقرار.

❁ فإن قيل: كيف تحمل علىٰ هذا وهي تنكر النكاح، والنكاح لم يظهر وإنما يحمل علىٰ الصلاح حالة طهرت وكانت محتملة فأما نكاح لم يظهر أصلا فلا يمكننا إثباته.

❁ قلنا: مدة الحمل طهر لا محالة والولادة ظهرت واحتملت عن نكاح وعن سفاح، لأن عدم الظهور لها غير موجب أنه عن سفاح، وأما إنكارها فلا يمنعنا هذا الاعتبار لأنا نعتبره للولد وإنكارها حجة في حقها دون حق الولد ألا

---

[١] «ص» (بعد).

[٢] «ص» (معها).

[٣] «ص» (... بحالها قيل لها ردي ما أخذت من النفقة...).

ترىٰ أن الزوجين إذا حدث بينهما ولد وتصادقا أن النكاح منذ شهر وشهد الشهود أنه منذ ستة أشهر قبلت الشهادة لحق الولد.

❊ **فإن قيل:** أليس إذا تصادقا علىٰ هذا لم يثبت النسب ولم يجعل لستة أشهر لحق الولد؟

۞ **قلنا:** لأنا لا يمكننا القضاء بالنكاح علىٰ الرجل بلا دليل، وفي مسألتنا هذه ما يلزمها نكاح ظاهر حتىٰ يمتنع إثباته عليها مع إنكارها بلا دليل وإنما نثبتها في حق الولد كأنها تزوجت ثم طلقت من ساعتها فلا يكون عليها شيء للحال.

دل عليه: إذا كان الطلاق رجعيا والمسألة بحال[١] جعلت رجعة وثبت النسب وإن أنكر الزوج اعتبار الحال الولد.

❊ **فإن قيل:** ها هنا يقضي عليها بردِّ النفقة وهي منكرة للإقرار وأخذ النفقة بغير حق.

۞ **قلنا:** حديث المال أهون من حديث الزنا فنميل إلىٰ أهونِ الشرين فنحتمله، وأمّا علىٰ الطريق[٢] الأول فضرورةٌ أن لم يمكن[٣] القضاء بالولادة ألجأتنا إلىٰ القضاء قبل ذلك لا لحال الولد فلا يرِد هذا السؤال لأنا نكذبها بالضرورة لا بحال الولد فلا يعارض حالها حال الولد والله أعلم.

❊ **فإن قيل:** فقد تنكح في العدة وتلد فيثبت النسب من الواطئ والعدة باقية.

---

[١] «أ»، «ن»، «ص» (بحالها).

[٢] «أ» (الحريق).

[٣] «ن» (يكن).

قلنا: الأصل هو النكاح الصحيح للنسب فمتى جعل ولدَ نكاح جعل صحيحا، ألا ترى أن النكاح لو ظهر لنا حكمنا بانقضاء العدة ولم نجعله فاسدا، والله أعلم.

[٧٦٩] **مسألةٌ**: أكثر ما يبقى الولد في بطن الأم سنتان[١] عندنا.

وعند الشافعي(٢) رحمه الله أربع سنين، وبنى قوله على قول النساء.

ونحن بنينا على قول عائشة رضي الله عنها فإنه روي عنها: «لا يبقى الولد في بطن أمه أكثر من سنتين ولو دورَ مغزل»(٣)، فأخبرت عن هذا المقدار قطعا وأنه لا يوقف[٤] عليها على هذا القطع إلا عن وحي فثبت أنها سمعت من صاحب الوحي ذلك وإن قالت عن عادة تعرفها من النساء[٥]، فقولها أولى من قول غيرها ممن لا عناية لهن بأمر الدين.

والخبر المعروف في هذا الباب: ما روي أن رجلا غاب عن امرأته سنتين فجاء فوجدها حاملا، فرافعها إلى عمر فهمَّ برجمها، فقال معاذ: «إن كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما في بطنها»، فأخَّر الحد عنها حتى وضعت[٦]

---

[١] «ن» (سببان).

(٢) انظر: «مختصر المزني» (٨/٣٢٤).

(٣) رواه الدارقطني (٤/٥٠٠ برقم: ٣٨٧٧)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/٧٢٨) بلفظ: «لا تزيد المرأة في حملها على سنتين قدر ظل المغزل».

[٤] «أ» (موقف).

[٥] «ن» (من أهلها).

[٦] «أ»، «ن»، «ص» (ولدت).

غلاما قد طلعت ثنيتاه، فنظر إليه الرجل فقال: «ابني وربِّ الكعبة»، وكان يشبه أباه فدرأ عمر رضي الله عنه الحد عنها، وقال: «أَعَجز النساء أن يلدن مثل معاذ! لولا معاذ لهلك عمر»(١). وظاهر هذا الحديث يدل على أكثر من سنتين، لأنه روي أنه غاب سنتين، ولكن يُقال غاب سنتين والغيبة قريبة من سنتين لا سنتين، فتكون المدة تتم بسنتين إلى الولادة، فقد جاءت الآثار إلى سنتين. إلا أن قول عائشة إخبار على سبيل القطع، فرجحنا وحملنا على هذا التأويل، وهو القرب[٢].

وما للشافعي إلا حكايات عن نساء ماجشون، وذهب إلى أنه قد يقع الاختلاف بالنساء، وأنه باب لا يعرف قياسا ولا فقها ولا قطعا إلا بالوحي، والعادة قد تظهر بضرب تجربة، حتى عرف الناس مدة حمل البهائم، والله أعلم.

(١) رواه الدارقطني (٤/٥٠٠ برقم: ٣٨٧٦)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/٧٢٩) وضعّفه ابن حزم في المحلّى(١٠/١٣٢).

[٢] «ص» (فيحمل هذا الحديث على هذا التأويل بحديث عائشة رضي الله عنها فإنها أخبرت على سبيل القطع).

فَصْــلٌ
ما يثبت للزوج فيها[١]

|٧٧٠| مسألةٌ: الرجعة ثابتة للزوج في العدة وقد اختلفوا في أن الإشهاد، شرط أم لا؟

وقد مرت في بيان حكم الطلاق. ومسألة في الرجعة بلا إعلام مرت في باب حكم الطلاق أيضا، فإنا ذكرنا هناك حكم الرجعة لحاجتنا إلىٰ إثباته ثمة.

|٧٧١| مسألةٌ: فإن كان الطلاق في الحيض، فلا تجب الرجعة عندنا[٢].

وقال مالك(٣) رحمه الله: تجب، لأن النبي ﷺ قال لعمر حين سأله عن طلاق ابنه في الحيض: «مُر ابنك فليراجعها»(٤)، والأمر علىٰ الوجوب.

ولأن الطلاق في الحيض منهي عنه كصوم يوم النحر والبيع بشرط فاسد فيجب رده ما أمكن، كما يجب رد البيع الفاسد وصوم يوم النحر لو شرع فيه، ولأن المعاصي مردودة بقدر الوسع، وها هنا لا رجوع فيما فعل إلا من حيث الرجعة فلزمه ذلك[٥].

---

[١] «ن» (منها).

[٢] «ص» (خلافا لمالك رحمه الله وقد مرت).

(٣) انظر: «المدونة» (٨/٣٢٤).

(٤) سبق تخريجه.

[٥] «ص» (والرد الذي في وسعه هاهنا هو الرجعة، فإنّها رد لأمر الطلاق وهو العدة، وإن لم يكن رد العين فلزمه ذلك).

ولنا: أن الرجعة رفع لسبب البينونة فلا تكون فوق سبب الوصلة ابتداء، وهو النكاح فتكون سنة لا واجبا قياسا على الرجعة في الطلاق السني.

فأما حديث عمر رضي الله عنه فذلك أمر ندب واستحباب[١] عندنا، ألا ترى أن عبد الله رضي الله عنه سأل بنفسه فلم يأمره بالرجعة وإنما بين له الخطأ في صنيعه وعلمه الوجه في ذلك على ما مر، وبدليل أن الوجوب لله تعالى مقصور على اتقاء معصية أو فعل طاعة، والرجعة لا وجوب فيها لطاعة، كما لو طلق طلاق السنة ولا يجب لاتقاء[٢] معصية لأن المعصية في الإيقاع في الحيض لا في بقائها مطلقة. ألا ترى أنه لو طلقها في الطهر بقيت مطلقة كذلك حائضا، والايقاع في الحيض لا يرتفع بالرجعة وإنما يرتفع كونها مطلقة طلاقا مبيَّنا فثبت أنه لا رجوع عن المعصية بالرجعة بخلاف البيع الفاسد والصوم وإنما فيه تشبه فيستحب له ذلك إذا عجز عن الحقيقة وكان مثاله من البيع الفاسد أن لو باع المشتري ما اشترى من غيره، فإنه لا يؤمر بالشراء[٣] ثانيا[٤] والرد على الأول لأن الفسخ امتنع بسبب الملك الجديد للثاني، أو كما لو أعتق ما اشترى، والله أعلم.

|٧٧٢| مسألةٌ: إذا قال الزوج للمعتدة راجعتك فقالت مجيبة له في مدة تنقضي في مثلها العدة قد انقضت عدتي[٥]، لم تثبت الرجعة عند أبي حنيفة رحمه الله.

---

[١] «أ» (استحسان).

[٢] «أ» (لإلقاء).

[٣] «س» (بالشر)، والمثبت من «أ».

[٤] «س» (ثابتا)، والمثبت من «أ».

[٥] «ن» زيادة (ذكرناها في فصل العدة قبل هذا وكذلك إذا دعى رجعة على الأمة بعد انقضاء العدة وكذبته الأمة، والله أعلم، تم كتاب الطلاق بحمد الله وحسن توفيقه، ويتلوه كتاب العتاق).

وعندهما تثبت لأن ولاية الرجعة كانت ثابتة للزوج ولم يقم دليل الزوال فلم تبطل بالاحتمال فنفذت الرجعة فصارت المرأة محجورة عن الإخبار[١] عن انقضاء العدة فلم تصدق كما لو سكتت ساعة ثم أخبرت، وكالوكيل بالبيع إذا قال له الموكل عزلتك[٢] فقال مجيبا له: قد كنت بعت.

دل عليه: أن من النادر اتفاق الانقضاء حال رجعة الزوج فتصير متهمة في حق تصرف الزوج من حيث الرجعة فلا يُصدق كما إذا أخبرت بعد الانقضاء بساعة[٣]. وأبو حنيفة ﷺ يقول: إن ولاية الإخبار كانت ثابتة لها في هذه الساعة لولا رجعة الزوج حتى لو[٤] أخبرت قبل رجعته صح وصُدِّقت، فلا تبطل برجعة الزوج لأن الرجعة احتمل حصولها حال الانقضاء فلا يصح وقبل الانقضاء فيصح، فلا تبطل ولاية المرأة مع الاحتمال بخلاف ما إذا سكتت لأنها صارت متهمة لما أخرت[٥] من غير عذر مع وقوع الحاجة إلى البيان فلم تصدق في الإسناد.

فأما قوله: الانقضاء حين الرجعة نادر فلا كذلك، فإن مسألتنا فيما لو أخبرت ولا رجعة كانت مصدقة ولم يكن نادرا، إنما النادر إن كانت رجعة الزوج في هذه الساعة وبخلاف الوكيل بالبيع[٦]، لأن البيع لا يتصور حال العزل، ولا بد أنه كان قبل ذلك فلما أخر إلى حين العزل صار متهما في الإسناد بسبب

[١] «ص» (على الإخلاف).
[٢] «أ» (عن ذلك).
[٣] «ص» (بالانقضاء بعد الرجعة بساعة).
[٤] «ص» زيادة (أنها لو قالت أخبرت).
[٥] «ص» (أخبرت).
[٦] في «أ» (في البيع).

تقصير[١] جاء منه في البيان فأما في مسألتنا هذه فمحتمل أن الانقضاء كان ساعة الرجعة وما كان يمكنها الخبر قبل ذلك فلم تنسب إلىٰ تأخير لتصير متهمة في الاسناد بسبب التفريط[٢].

فهما يقولان: ولاية الزوج في الرجعة ثابتة في العدة وانقضاؤها في الحال محتمل فلا تبطل الولاية بالاحتمال. وأبو حنيفة ﷺ يقول: ولاية الاخبار ثابتة لها في هذا الوقت وصحة الرجعة محتملة لأنها إن كانت حال الانقضاء لم تصح الرجعة فلا تبطل ولايتها بالاحتمال وإذا بقيت الولاية وصح الخبر لا بد أن يكون المخبر عنه سابقا فتصير الرجعة مع انقضاء العدة أو بعده فلا تصح.

والجواب عن كلامهم: أن ولاية الزوج[٣] ثابتة بشرط قيام العدة وعند الرجعة شككنا في قيامها وإنما كانت قائمة بظاهر استصحاب الحال فلا تكون حجة علىٰ المرأة فيما يبطل عليها من حق البينونة الثابتة لها بانقضاء العدة والله أعلم.

[٧٧٣] **مسألةٌ**: زوج الأمة إذا قال لها بعدما انقضت عدتها كنت راجعتك في العدة وصدقه المولي فيه وكذبته الأمة لم يصح عند أبي حنيفة ﷺ.

وعندهما يصح، لأن دعوىٰ الرجعة بعدما انقضت العدة دعوىٰ نكاح فيكون التصديق إلىٰ المولىٰ كما إذا ادعىٰ نكاحا مبتدأ.

---

[١] «س» (بقضاء)، والمثبت من «أ».

[٢] «ص» (بالتقصير).

[٣] «ص» (الرجعة).

إلا أنه يقول: دعوى الرجعة دعوى نكاح، ولكن بإبطال شرط البينونة لا بعقد مبتدأ وصحة هذا الإبطال تبتنى على قيام العدة والقول قولها في قيام العدة وزوالها.

ألا ترى أن الزوج إذا ادعى الرجعة وصدقته والمولى ساكت تثبت بخلاف ابتداء العقد، والله أعلم.

تمت مسائل الطلاق بحمد الله وقوته

والحمد لله والصلاة على رسوله محمد وآله الطيبين[١].

[١] «ص» (تم كتاب الطلاق).

كتابُ العِتق[١]

جمع [محمد][٢] في هذا الكتاب بين الإعتاق، والكتابة، والتدبير، والاستيلاد، وبدأ بالعِتق[٣]؛ لأنه الأصل.

ومسائله تُبتنى على معرفة:

* سبب العتق.

* وشرطه[٤].

* وعينه[٥].

* وحُكمه.

فنبدأ بالسبب؛ لأنه السابق:

[١] «ن»، «ص» (العتاق)، وزاد في «ن» (بسم الله الرحمن الرحيم).

[٢] ما بين [ ] ليس في «س»، «أ»، «ص» والمثبت من «ن».

[٣] «ن»، «ص» (بالعتاق).

[٤] «ص» (شروطه).

[٥] «ص» (ونفسه).

فصل السبب

السبب نوعان: شرعي ولغوي.

والشرعي نوعان: وِلاد[١]، وقرابة محرِّمة للنكاح.

واللغوي نوعان: صريح، وكناية.

[٧٧٤] **مسألةٌ**: قال عامة العلماء ﷺ: من مَلك ولده أو والده عتَق عليه.

وقال داود: يلزمه أن يُعتِقَه؛ لقوله ﷺ: «**لن يجزي ولد والده حتى يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه**»(٢).

ولأن القرب لو أوجب رفع الملك لمنَعَ وقوعَه كما في ملك النكاح، ألا ترى أن المحرمية لما نافت[٣] ملك النكاح رفعا بعد الثبوت منعت الابتداء، وهذا لا شك فيه وأنه استدلال وليس بقياس على ما بيَّنَّا في غير موضع أن المنع أسهل من الرفع.

واحتج عامة العلماء: بقول الله تعالى: ﴿إِن كُلُّ مَن فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ إِلَّآ ءَاتِي ٱلرَّحْمَٰنِ عَبْدًا﴾ [مريم: ٩٣]، نفى اسم الولاد بقيام اسم العبودية، ولو لم يكن بينهما منافاة لما صح الاحتجاج به، وأنه شيء احتج به على الكفرة[٤]، فعلم أنه

---

[١] «ن» (ولادة).

(٢) رواه مسلم (١٥١٠).

[٣] «س» (بانت).

[٤] «أ» (الكفر).

كان معلوما عندهم ؛ لما بينهم من البعضية ، وأنه يستحيل استرقاق الرجل نفسَه لنفسه ولا يُتصوَّر ، فكذا استرقاق ولده ، أو والده يكون قبيحا ، وإن لم يستحل لانفصال الأبعاض ، وقال أيضا: ﴿وَقَالَتِ ٱلْيَهُودُ وَٱلنَّصَٰرَىٰ نَحْنُ أَبْنَٰٓؤُا۟ ٱللَّهِ وَأَحِبَّٰٓؤُهُۥ ۚ قُلْ فَلِمَ يُعَذِّبُكُم بِذُنُوبِكُم﴾ [المائدة: ١٨] ، جعل التعذيب بالذنب دلالة على نفي البنوة والمحبة ، وهذا أيضا يستحيل في الحكمة ، لأنّه لا يعذب شماله بالذنب إلى يمينه ، ولا يجدع أنفه بعينه ، ويكون قبيحا في الحكمة ، فكذلك في ولده بذنب أذنب إليه ؛ لأنه بعضه ، وكذلك الحبيب ؛ لأنه[١] متى تحقق صار أعمال الحبيب رضيَّة لا محالة فلا نعده[٢] ذنبا.

كذلك الأخبار التي يروونها[٣] في المسألة الثانية[٤] دليل لنا أيضا ، وكذلك الفقه ؛ لأنا ذكرناه استدلالا ونصا.

فأما قولهم: لو رفَع لمنَع ، فغلط ؛ لأن الرافع وقوع العتق ، وإنه لم يقارن الوقوع والموجب للعتق مِلكُ القريب ، وأنه لم[٥] يقارن[٦] الوقوع ، فالملك معدوم حال الوقوع.

بخلاف ملك النكاح على ما بيَّنَّا[٧] في المسألة الأخرى ، بل يقال: إذا ملك العبد نفسه عتق ، فكذا ولده ؛ لأنه بعضه ، إلا أن الملك على نفسه لا يُتصوَّر ؛

---

[١] «ص» (لأنّ المحبة).

[٢] «س» (يعدّه) والمثبت من «أ» ، «ص» (يعد).

[٣] «س» «أ» (نرَوويها) ، والمثبت من «ص» ، «ن».

[٤] «أ» (الثالثة).

[٥] «ص» (لا).

[٦] «ص» (يقارب).

[٧] «ص» (تبين).

لاستحالة أن يكون مالكا بنفسه ونفسه مملوك؛ للتضاد، وصحَّ في الولد؛ لأنهما لما انفصلا، استقام أن يكون أحدهما مالكا والآخر مملوكا له، إلا أنه في حكم الإعتاق كما في نفسه بملِك المرء نفسه إعتاق، فكذلك بملِك[١] ولده، والملك يثبت بقدر الممكن. ألا ترىٰ أنّ الخصم يقول: إنه يستحق أن يعتق ولا يجد له مثالا، وتأويل النص «فيشتريه فيعتقه» بالشراء، لا بسبب جديد، كما تقول: علّمه فهداه، وسقاه فأرواه، والله أعلم.

|٧٧٥| مسألةٌ: مَن ملك ذا رحِم محْرَم منه عتق عليه.

وقال الشافعي(٢) رحمه الله: لا يعتق؛ لأن بينهما قرابة بعدت[٣] بعدم الجزئية والبعضية، فلا يوجب العتق، كقرابة بني الأعمام.

ولأن منكوحة كل واحد منهما تحل لصاحبه، فمِلكُه صاحبه لا يوجب العتق[٤]، قياسا علىٰ المحرمية بالرضاع؛ ولأن القرابات ثلاثة: قرابة قريبة قوية كالولاد[٥]، وقرابة ضعيفة بعيدة كبني الأعمام، وواسطة وهي الأخوَّة والعمومة، فلا بد أن تُردَّ علىٰ أشبههما قرابة، وأنها قرابة[٦] بني الأعمام؛ لأن قرابتهم قرابة جوار في الرحم، وقرابة الولاد[٧] بالبعضية[٨] من نفس واحدة، والأحكام تدل

---

[١] «أ» (بملكه).

(٢) انظر: «الأمّ» للشافعي (٩/٣٠٢)، «الحاوي» (١٨/٧١).

[٣] «أ» (يعذب).

[٤] «س» (الملك) والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٥] «ن» (بالولاد).

[٦] «ص» (ترد إلىٰ قرابة).

[٧] «أ»، «ص» (الولادة).

[٨] «ص» (في البعضية).

عليها، فإن القصاص يجري بينهم في الطرفين، ويُحْجب عن الإرث بالأولى، وتقبل شهادة كل واحد منهم لصاحبه، ويحل وضع الزكاة فيه، وكذلك المكاتب إذا ملك محارمه لم يتكاتبوا عليه، ويتكاتب[١] الولد والوالد، وكذلك إذا قال: إنه أخي لا يعتق عليه وإن احتمل، كما لو قال: إنه ابن عمي، ولو قال: إنه ابني أو أبي عتق عليه إذا احتمل.

ولعلمائنا ﷺ: ما روى محمد بن الحسن في الأصل بإسناده عن عائشة عن النبي ﷺ: «مَن ملك ذا رحم محرم منه فهو حرٌّ»(٢) أي: المملوك حر، بدليل أنه جعل الحرية جزاء[٣] لقوله: من ملك، وحرية المالك لا تصير[٤] جزاءه، وفي رواية عمرو بن دينار، عن عبد الله بن عُمر: «من ملك ذا رحم محرم عتق عليه»(٥)، وأنه يقطع الشبهةَ، وهذا في كلام الشريعة بيان علة لا بيان شرط؛ كقول الله تعالى ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهۡرَ فَلۡيَصُمۡهُ﴾ [البقرة: ١٨٥]، وعن عبد الله بن عباس، أن رجلا أتى رسول الله ﷺ، فقال: إني وجدت أخي يُباع في السوق؛ فاشتريته لأُعتقه، فقال ﷺ: «اذهبْ فقد أعتقه الله عليك»(٦)، وعن

[١] «ص» (ويكاتب).

(٢) رواه أبو داود (٣٩٤٩)، والترمذي (١٤١٦) وقال: «وهو حديث خطأ عند أهل الحديث»، والنسائي في الكبرى (٤٨٧٨ ـ ٤٨٨٢) من طرق عن حماد بن سلمة، قال أبو داود: «ولم يحدث هذا الحديث إلا حماد بن سلمة، وقد شك فيه» وقال ابن حجر في فتح الباري (٥/١٩٩): «لا يصح».

[٣] «أ» (جزءا).

[٤] «ص» (تكون).

(٥) سبق قريبا.

(٦) رواه الدارقطني في سننه (٥/٢٢٨)، والبيهقي في سننه الكبير (١٠/٢٩٠)، وقال: «هذا ممّا لا يحلّ الاحتجاج به».

عمر ، وعلي ، وعبد الله بن مسعود ، وعبد الله بن عمر ﷺ ، مثل مذهبنا ، وروى محمد بن الحسن عن عبد الله بن مسعود مثل مذهبنا في كتاب الطلاق والعتاق جميعا.

وأما الكلام من طريق الفقه ، فإنما يستقيم بعد أن يعرف[١] الحكم المتنازع فيه ، والمدعي من المنكر ؛ ليستقيم الشروع فيه ، فحجة المدعي غير حجة المنكِر ، وليس يستقيم من المنكِر الاحتجاج بحجج المدعين.

ولا يتبين[٢] هذا الفساد إلا بعد المعرفة ، فنقول: إنا ندعي وجوب العتق للعبد ، إذا كان ذا رحِم محْرم لمالكه ، وتفسير ذي الرحم المحرم[٣]: أن يكون بينهما قرابة محرِّمة للنكاح لو كان أحدهما ذكرا والأخرى[٤] أنثى ، فالمحرم عبارة عن: حرْمة النكاح ، والرحم عبارة عن: القرابة ، فالقرابة إنما تفرعت من الاجتماع في الرحم في الأصل ، وهو رحم حواء[٥] ﷺ ، ثم من بعدها ، وإنما اخترنا هذه العبارة ؛ لأن الكتاب نطق به ، وكذلك السنة جاءت به وهو المستعمل عند العرب لمراودة الصلة ، وأصل الاجتماع بالولاد ، فالولد بعض الأب والأم ، وقد اجتمع البعضان[٦] في الرحم ، حتى ثبت بعد ذلك اسم الولاد بينهم ، إلا أنه اجتماع على أن اتحد الماءان شخصا[٧] واحدا ، وبين الأخوين اجتماع في رحم

---

[١] «أ» (يعرف).

[٢] «ص» (ولا يثبت).

[٣] «ص» (وتفسير ذا رحم محرم لمالكه) ، وفي «أ» (وتفسير ذي رحم محرم).

[٤] «س» ، «ن» (الآخر) والمثبت من «أ».

[٥] «ص» (جوار).

[٦] «س» (النقصان) والمثبت من «أ».

[٧] «ن» (شيئا).

واحدة، على سبيل الانفصال، فهذا يبين لك تفسير المحرمية بالرحم الذي ندعيه علةً للعتق مع مِلك أحدهما صاحبَه، والملك مع هذه القرابة عندنا علة موجِبة للعتق، ووقوع العتق حكمها، والخصم ينكر هذا العتق وهذه العلة، فلا يبقى له كلام إلا في إفساد ما ادَّعَيناه[١] علة، فالحكم الذي ندعي ثبوته لعلة لا يثبت إلا بصحة العلة، ولا يندفع عن المنكر إلا بفساد العلة، فإذا كان كذلك بطلت مقايساتهم[٢] على بني الأعمام جملة؛ لأن عتق بعضهم على البعض انعدم لعدم ما ادعيناه علة، وانعدام الحكم لانعدام العلة؛ إن لم يدل على صحة العلة، لم يدل على الفساد، وما لهم معنا مناظرة إلا في إفساد العلة على ما مر، أو الإنكار لصحة ما ادعيناه علة، والإنكار فاسد على أصلهم؛ لأن الاطراد نفسه عندهم دليل صحة العلة.

وقولنا: الملك مع المحرمية بالرحم موجب للعتق، كما بين الولد والوالد[٣] علة قائمة مطردة على ما بينا في تفسير المحرمية.

ولا يلزم المكاتب نقضا؛ لأن المكاتب غير مالك على الحقيقة، والمحرمية مع الملك هي[٤] العلة، والمعنى من الملك هو الحقيقة لا مجازه، فالمجاز إنما يثبت بدليله، فلا يبقى لهم إلا السعي للإفساد، ولا يتبين[٥] ذلك قط بانعدام الحكم عند عدمها، وما جاؤوا إلا بذلك.

ثم الدليل على أُصولنا قول[٦] النبي ﷺ: «من ملك ذا رحم محرم منه فهو

[١] «أ» (إفساد ادعيناه).

[٢] «س»، «أ» (مقايستهم) والمثبت من «ن»، «ص».

[٣] «أ» (كما الوالد والولد).

[٤] «ص» (هما).

[٥] «ص» (يتيسر).

[٦] «أ» (فقول).

حر»(١)، وقد مر أنه دليل على تعليق[٢] الحكم بما ذكر من الوصف؛ ولأنهما وصفان مؤثران في هذا الحكم؛ لأن العتق صلة وكرامة للعبد من المولى، وهذه القرابة لها أثر في إيجاب الصِّلات، فأما[٣] الملك فمراعًى بالإجماع، فيستغنى عن إثباته بالدليل؛ وإنما قلنا: لهذه القرابة تأثير في إيجاب الصلات قول الله تعالى: ﴿فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِن تَوَلَّيْتُمْ أَن تُفْسِدُوا۟ فِى ٱلْأَرْضِ وَتُقَطِّعُوٓا۟ أَرْحَامَكُمْ ۝٢٢ أُو۟لَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ لَعَنَهُمُ ٱللَّهُ﴾ [محمد: ٢٢ ـ ٢٣]، قرن قطيعة الرحم بالإفساد، وأوجب اللعنة بهما، فثبت أن القطع حرام، إلا أنّ الرحم نفسه وراء المحرمية خُصَّت بدليل الإجماع[٤]، وقال تعالى: ﴿وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَ﴾ [النساء: ١]، أي: اتقوا الله أن تعصوه، والأرحام أن تقطعوها؛ فإنها قرئت بالنصب، فكان عطفا على قوله: ﴿وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ﴾[٥]، فدخلت تحت الأمر بالاتقاء، فثبت أن اتقاء قطيعة الرحم فرض، وقال رسول الله ﷺ: «ثلاث معلَّقات بالعرش منها الرحم تقول: قطعت فلم أوصل»(٦)، فدل أن وصلها فرض، حتى صارت خصما بالقطع، إلا أن ما عدا المحرمية للنكاح خصت بالإجماع؛ ولأن الجواز له أثر في الصلة، إلا أنه ندب فالقرابة أولى؛ لأنها مقدمة على الجواز؛ وقد وجب بها الميراث؛ فإنه صلة وكرامة لا محالة، والمحرمية لها أثر في الإيجاب قطعا، فإنها عبارة عن حرمة التناكح[٧]، كما بين الولد ....

---

(١) سبق تخريجه قريبا.

[٢] «أ»، «ن» (تعلق).

[٣] «ن»، «ص» (وأما).

[٤] «ن» (لأن الرحم نفسه وراء المحرمية خُصَّت بذلك للإجماع).

[٥] «ن»، «ص» (اسم الله).

(٦) رواه مسلم (٢٥٥٥) من حديث عائشة ﵂.

[٧] «ن» (النكاح).

والوالدين[١] ، ونكاح الأم[٢] ما حُرِم إلا كرامة للأم[٣] ؛ لما في الاستفراش من ضر واستذلال حسي ، وإن كان يرغب فيه النساء لما فيه من اقتضاء شهوة الفرج ؛ ولأن في النكاح ضرب ملك رِقٍّ يحدث بالنساء[٤] على ما عرف في النكاح ، وفيه ضرب ذل عند المقابلة بالمالكية ؛ ولهذا لم يجز[٥] للنصراني[٦] أن يتزوج المسلمة ، ولا يطأها إذا أسلمت امرأته ، وحل[٧] للمسلم أن يطأ النصرانية ، وأن يَنكِحَهَا ، وكذلك الله تعالى عطف على الأمهاتِ الأخوات والعمات بقوله: ﴿وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ﴾ [النساء: ٢٣] ، فعلم أنهن حرمن كرامة أيضا ؛ لأن التحريم المذكور واحد في صدر[٨] الآية ، والكل دخلن تحته ، ولما صِينت هذه القرابة عن رق[٩] النكاح ، وملكه واستفراش بحقه ؛ فلأن تُصان عن حقيقة الرق ، والملك والاستخدام قهرا بحق الملك أولى ، فإنه فوق ذلك في القهر والاستذلال ، فالمنكوحة حرة في نفسها ، وفي يدها[١٠] ، إلا في التمكين من الوطء ، ولها فيه حظ عظيم ، والأمة ما لها من يد في باب النكاح ، ويلزمها الطاعة في عموم الأعمال التي لا حظ لها فيها قهرا ، وإنه كما حرم تأفيف الأبوين بالنص ، حُرِم الشتم والضرب بالأولى ، كان النص ورد فيهما[١١] ؛

---

[١] «ن» ، «ص» (الوالدين والمولودين) .

[٢] «ص» (الأم) .

[٣] «ص» (بحرمة الأم) .

[٤] «أ» (في النساء) .

[٥] «ن» ، «ص» (يحل) .

[٦] «س» (النصارى) .

[٧] «ن» (ويحل) .

[٨] «ص» (هذه) .

[٩] «ص» (ذل) .

[١٠] «ن» (بدنها) ، «ص» (يده) .

[١١] «ن» (تناولهما) ، «ص» (تناولته) .

ولأن النبي ﷺ حرم الجمع بين ذواتي رحم محرم؛ وعلل فقال: «فإنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم»(١)، فأخبر أنه حرم صيانة للرحم بينهما عن القطيعة، التي تكون بالجمع بينهما من مضارَّة الضرائر، وتلك المضارة دون ما يلزم المملوك من الطاعة لمولاه قهرا في كل عمل.

❊ فإن قيل: لو كان الاستدلال صحيحا لامتنع التملُّك كما في النكاح.

❊ قلنا: في نفس وقوع النكاح ضرب ذل وقهر؛ لأنه يحدث عليها به ضرب ملك ورق لم يكن، وإنه[٢] ممتنع فيما نحن فيه، فإن من استرق أخاه ينبغي أن لا يملكه كما لا يملك أباه، فأما الشراء فما يُحدث ملكا في المملوك، ولا يتغير عليه في نفسه، من حيث إنه مرقوق أو مملوك، وصف فلم يعتبر إيجاب ذل، ولا في حرمته إيجاب كرامه، فهو في الحالين على وصف واحد، وإنما يتغير الوصف بحكم الملك الحادث، فإنه كان يستولي عليه إلى الآن البائع، والآن يستولي عليه المشتري، وإنه أمر ثبت بعد الشراء، فصين عنه ووجب له العتق، صلة بالقرابة حتى لا يبقى تحت القهر، وما هو يضاد الصلة[٣] والكرامة الواجبة بينهما.

ألا ترى أنه لا ينكح أمه كرامةً لها، ويشتريها فيملكها ثم تعتق عليه كرامةً؛ ولأن ملك النكاح لا يتصوَّر ثبوته غير محلل للوطء في نفسه، على ما بينا في النكاح والطلاق أنه لا يمكن إثباته بوصفه إلا أنه محلل، ولا[٤] ملك للزوج على

(١) رواه ابن حبان في صحيحه (٩/٤٢٦)، والطبراني في الكبير (١١/٣٠٢).

[٢] «ص» (وذلك).

[٣] «س» (العلة) والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٤] «أ»، «ن» (فلا).

عينها ، ولا علىٰ منافعها ، وفي إثبات حكم تحليل الوطء إثبات الاستذلال الذي في الوطء ، فأما ملك اليمين فملك رقبة ، ويمكن إثباته بدون ملك التصرف عليه بحق الملك ، كما يبقىٰ الملك بلا ملك تصرف في المكاتب علىٰ ما عرف ، ولما أمكن الذل في ملك التصرف ، خلا[١] الملك الأصلي[٢] علىٰ ذل حادث ، فصح ثبوته ؛ ولأنه لو لم يملك قريبه لم يعتق عليه ، وبقي في ذل كان به ، ومتىٰ ملك عتق ، فتخلَّص عن الرق ، حتىٰ كان الابن مجازيا أباه به ، وحتىٰ كان المشتري في حكم المعتِق بصريح الإعتاق ، وإذا صار إعتاقا معنًىٰ انقلب كرامة ، وأما النكاح فليس في ملكها ، ثم الحرمة كرامة لم تكن لأنها تعود إلىٰ ما كانت وتتغير صفتها ، وإن قصر الزمان إلىٰ المملوكية بعد ما لم تكن ، فصين بحرمة العقد عن تلك الصفة ، وصين العبد بوقوع[٣] الملك عليه ثم العتق عن المملوكية أيضا ، فحاكىٰ وقوع الملك ههنا حرمته في تلك المسألة من حيث المعنىٰ والعبرة للمعنىٰ .

❁ فإن قيل: أليس الكافر لا يستذل المسلم بالملك ولو اشتراه عندكم ؟ ، أو أسلم عبد الكافر لم يعتق عليه .

❁ قلنا: بالإسلام يحرم الاستذلال ويقصر يده ، ولكن لا تجب الصلة علىٰ الكافر ، ألا ترىٰ: أنه لا يرثه[٤] فلم يجب العتق ، وفيه صلة ، وههنا يحرم الاستذلال ، وتجب الصلة والكرامة ، فقصر اليد بالعتق ؛ ليكون كرامة وصلة ،

---

[١] «ص» (لا) .

[٢] «أ» (ملك الأصل) .

[٣] «أ» (لوقوع) .

[٤] «ص» (يرث) .

كما في الأب والابن.

❁ فإن قيل: أليس الرضاع يحرِّم النكاح بالنسب ولا يوجب العتق؟ فعلمنا به أن حرمة النكاح أسرع ثبوتا من العتق، فلا[١] يجوز الاستدلال لإيجاب العتق بحرمة النكاح.

❁ قلنا: وإنّا لم نستدل على هذا الوجه، ولكن قلنا: لما صينت القرابة التي لها أثر في إيجاب الصلات[٢] على ما بينا من أمر الإرث والدلائل عن ذل ملك النكاح، ففي حقيقة الملك أولى[٣]، فما[٤] للرضاع أثر في الصلة، فإنه لا توارث بينهم، ولا نفقة، فعلمنا أن النكاح لم يحرم بينهم صلة لما وجب وصله[٥] ولكن بسبب آخر، والتحريم بسبب آخر لا يدل على هذا الحكم، كما حرَّم نكاح المشرِكة، ولم يدل على عتقها إذا ملكها المسلم، وكذلك الأمة المطلقة كل[٦] طلاقها، يحرم نكاحها على ذلك الرجل ولو ملكها لم[٧] تعتِق، ولم يكن إعراضنا عن بيان حكمة حرمة الرضاع قدحا موجِبا شبهةً في بيان هذه المسألة.

ثم الجواب أن حرمة الفروج مبنية على الاحتياط، فلما أشبه الرضاع من حيث إنشاز العظم وإنبات اللحم الولاد[٨]، تثبت حرمة الولاد به احتياطا، على

---

[١] «ن» (ولا).

[٢] «ن»، «ص» (أثر في الصلة).

[٣] «ص» (والدلائل على ذلك وملك النكاح فتتعين حقيقة الملك أولا).

[٤] «أ»، «ن» (وما).

[٥] «ص» (صلة).

[٦] «ص» (كان).

[٧] «ص»، «أ» (لا).

[٨] «ص» (للولادة).

ما بينا في كتاب النكاح ، لا صيانة لمعنًى وجب وصله ، وصيانته عن ذل الملك ، كما حرمت المشرِكة لخبثها ، وحرمت المطلقة ثلاثا ؛ ليكون زاجرا للزوج[١] عن استيفاء[٢] العدد كله ، ولما كان احتياطا لم يجب به العتق ؛ لأنه غير مبني على الاحتياط ، كما لم يجب زاجرا ولا[٣] عقوبة .

ودل عليه: أن القرابات ضروب ثلاثة: قرابة بالولاد فهي بالبعضية ، وقرابة بالأرحام بلا محرمية ، كبني الأعمام ومن وراءهم ، والقرابة المحرِّمة للتناكح بينهم كالأخوَّة .

وقد وقع الخلاف في معرفة الأخوة ؛ أنها نظير قرابة الولاد ، أم نظير الأرحام بلا محرمية ؟ فنقول: إنها نظير قرابة ما بين الرجل وجدّه ، إن[٤] لم يكن نظير ما بين الأب وولده ، بدلالة أن الأخ يتصل بأخيه بواسطة الأب ، والجد يتوصل بولد ولده[٥] كذلك بواسطة الأب ، وبدلالة اختلاف الصحابة ﷺ في ميراث الجد مع الإخوة والمناظرة فيه ، وضرب الأمثال بالأشجار والفروع ، والوادي والأنهار المتشعبة منها ، وإنما تناظروا ؛ لبيان أن الأخ إلى الأخ أقرب أم الجد ، مع اتفاقهم على أن بني الأعمام بعدهم[٦] ، والأخوان كنهرين تشعبا[٧] من وادٍ ، فيجتمعان بالوادي والجد مع ولد الولد كوادٍ تشعَّب منه نهر ، ثم تشعَّب

[١] «ن» (زاجر الفروج) .
[٢] «أ» (استبقاء) .
[٣] «ص» (إلا) .
[٤] «ن» (وإن) .
[٥] «ص» (بولده وولده) .
[٦] «ص» (أبعد منهم) .
[٧] «ص» (يتشعبان) .

من ذلك النهر جدول ، فيكون أبعد إن نظرنا إلى التشعب ، فالأخوان تفرَّقا بتشعُّبٍ واحد ، والجد[١] مع ولد الولد[٢] تفرقا بتشعُّبين ، إلا أنا رجحنا الجد في الإرث ؛ لأنه عصبة وباب العصوبة لا يبتنى على القرب وحده ، كمولى[٣] العتاقة عصَبة مع الأم ، وكذلك ابن العم ، فأما الصلة والكرامة فمبنية على القرب ، وأما بنو الأعمام فلا يجتمعون إلا بوسائط من الجانبين جميعا ، فهذا يبين لك[٤] الاستدلال بنفس الوصلة[٥] وبذاتها ، والأول بنظيره من الحكم وبالنص وإذا صحَّت العلة وجب العمل بها ، ولم يجز الامتناع عنه لعدم حكمها ، حيث عدمت ، ولم يجب الحكم بأوصاف أخر ، فإن أوصافا أُخَر إن لم تكن علة لعدم دليلها لم تدل على أن ما قلناه لا يكون علة مع قيام دليلها ، فما للخصم في المسألة إلا الإنكار والمطالبة بالحجة بوقوع الملك عليه ، وما يرجع في نفي العتاق كيف ما اجتهد وقاس ، إلا إلى الاحتجاج بعدم الدليل ، وأنه إنكار وما هو بحجة .

❁ **فإن قيل**: أجمعنا على أن الولاية ثابتة للجد دون الإخوة ، وأنهم بمنزلة بني الأعمام.

❁ **قلنا**: استدلالنا كان بنفس[٦] القرابة لا بالأحكام ، فإنا بينا أن الجد أولى بالميراث عندنا ، فإن استدلوا بالحكم لم يستقم[٧] إلا بعد أن يثبتوا[٨] أنهما

---

[١] «ن» (والولد).

[٢] «ص» (الولد).

[٣] «ن» ، «ص» (فمولى).

[٤] «أ» (كل).

[٥] «ص» (فهذا استدلال بنفس القرابة).

[٦] في «أ» (كما بتعين).

[٧] «ن» (لا يستقيم).

[٨] «ن» (يتبينوا).

نظيران[١] ، كما استدللنا نحن بحرمة ملك النكاح ، وما الولاية والعتق بنظيرين ، فالولاية على الغير ثبتت[٢] نظرا للمولى عليه ، ولا نظر إلا بشفقة بعد الرأي[٣] ، والشفقة قائمة مع الولاد ، وإن بعد الأمر ، ولا يثبت مع الإخوة ، وإنه أمر معروف مشاهدة ، وهذا كما لا تثبت للأم وإن كانت أقرب من الجد ؛ لأن النظر لا يحصل بالشفقة وحدها ما لم ينضم إليها الرأي ، وفي رأي النساء قصور ، والوفور في رأي الرجال ، وكذلك حل وضع الزكاة عنده ، لا يدل على حرمة صلة العتق ، فالزكاة نفسها صلة ، ولكن لم تحل بين الآباء والأبناء ؛ لأن التمليك لم[٤] يتم في حق المنافع ، فبينهما اتصال منافع في حق الأموال لهما عرفا وعادة ، ولا كذلك بين الأخوين[٥] ، فالمنازعة بينهم ظاهرة ، فتم الملك[٦] وصح ، وهذا كما لا يصح الوضع[٧] في عبد غني[٨] وإن كان أجنبيا ؛ لأن الملك لا يقع له ، بل يقع لمولاه وهو غني[٩] ، ولو ملك ذلك العبد لم يعتق عليه ، فثبت[١٠] أن حرمة الوضع غير دالّة على وجوب العتق ، ولا الحل بدال[١١] على سقوط الوجوب ، وكذلك أن تحل الشهادة له ؛ لأن الشهادة لابنه لم تكن حجة ؛ لأنه كالشاهد لنفسه

---

[١] في «أ» (نظران).

[٢] «ن» (تثبت) ، «ص» (ثبتت على الصبي).

[٣] «ن» (الزاني).

[٤] «ن» ، «ص» (لا).

[٥] «ن» (الإخوان).

[٦] «ن» ، «ص» (التمليك).

[٧] «ص» (وضع الزكاة).

[٨] «ن» (عين) ، «ص» (غيره).

[٩] «ن» (عين).

[١٠] «أ» (فيثبت).

[١١] «ص» (يدل).

من حيث جر المنفعة ، وقيام البعضية ، وقد عدم في الأخ ، فإنا[١] لا ننكر أن يكون للبعضية زيادة أثر في القرب وإيجاب الكرامات ، ولكنا ادعينا أن المحرمية بالرحم مثلها ، في وجوب صيانة هذه القرابة عن ذل الملك والرق ، على ما بينا .

وكذلك وجوب القصاص لا يدل على انعدام علة العتق ، فإن الرجل يقتل بوالده قصاصا ، وعلة العتق مع الملك ثابتة بينهما[٢] ، فإنه متى دخل في ملك ابنه عتق عليه ، وإذا ثبت هذا في طرفٍ ، ثبت كذلك في الطرف الآخر ، وتبين أن الولد لا يقتل أباه قصاصا ، لا لأنه يعتق عليه لو ملكه ؛ بل لأن الشرع حرَّم عليه قصد الأب بالقتل ؛ كرامة للأب وبيانا[٣] لحقه على الولد[٤] ، على مثل[٥] ما يجب للمولي على عبده ، وكذلك أن يُحجب الأخ[٦] في الميراث بالأولى ، لا يدل على عدم استحقاق هذه الكرامة ، كما لم يدل على عدم استحقاق حرمة النكاح كرامة ، وكذلك الزوج لا يحرم[٧] عن الميراث بالأولى ، ولم يكن علة لاستحقاق العتق ، وكذلك حِل حليلة أحدهما لصاحبه لا يدل ؛ لأن الوحْشة التي تلحق الإنسان[٨] بحِل حليلته لغيره ، دون الوحشة التي تلحقه[٩] بلزوم الطاعة قهرا بحق الملك ، فإن لم تجب الصيانة عن أدنى الأمرين بالمحرمية بالرحم لم

[١] «ص» (وإنّا).
[٢] «ن» ، «ص» (بينهما ثابت).
[٣] «ص» (واحتراما).
[٤] «س» (الوالد).
[٥] «ن» (مثال).
[٦] «ن» (الزوج).
[٧] «ص» (يحجب).
[٨] «ص» (تدخل للإنسان).
[٩] «ص» (مما يلحقه).

يدل على أن[١] لا تجب عن الأعلى، وتبين أن الصيانة عن هذا الأدنى متعلق بصفة البعضية بين الآباء والأولاد، لا بالمحرمية بالرحم؛ ليظهر قوة البعضية على المحرمية بالرحم، وإنا نسلم ذلك في الجملة، وندعي المساواة في بعض الأحكام التي فيها صلة، منها[٢]: هذه[٣]؛ لدليل ما قلناه.

[٤] ومنها: وجوب النفقة لبعضهم على بعض؛ لأنه دون العتق، فلما وجب العتق وإنه صلة فوقه، فذلك أولى؛ ولأن منع النفقة ربما أدى إلى حقيقة الهلاك، فلما وجبت صيانة هذه القرابة عن الرق الذي فيه فوات الحرية فعن الجوع الذي فيه فوات الحي أصلا أولى.

[٥] ومنها: أن لا يقطع بعضهم بالسرقة من البعض، كالآباء والأولاد؛ لأن النفقة لما وجبت بالقرابة وهي قائمة أوجبت شبهة الوجوب؛ وإن عدم شرطها وهو الحاجة، ومنها: حرمة الرجوع في الهبة؛ لأنه لما افترض وصلها[٦] بملكٍ مبتدأٍ بالنفقة والإعتاق؛ فلأن يفترض بأن لا يحل استرداد الملك أولى، فهذه مسائل يبتنى بعضها على بعض، والأصل فيه العتق على ما قلنا[٧].

❁ فإن قيل: أليس[٨] يجب العتق وإن اختلف الدين، ولا تجب الصلة عنده؟

---

[١] في «أ» (أنه).

[٢] «ص» (بينهما).

[٣] «س» (هذا) والمثبت من «أ»، «ن»، «ص» (هذه).

[٤] في حاشية «س» (مسألة).

[٥] في حاشية «س» (مسألة).

[٦] «ص» (وصله).

[٧] «ص» (ما بينا).

[٨] «ص» (إنما).

۞ **قلنا:** إنما يجب[١] عند اختلاف الدين بالنص، فإن التعليل لا يخصه، ويجب الحكم بالنص في المنصوص عليه بعد التعليل، كما قبل التعليل، وإنما يُعمل بالعلة حيث لا نصَّ، وبذلك[٢] يحرم الرجوع في الهبة، ففيه نصوص عامة[٣] بلفظ الرحم، وأما الإرث فلا يجب لعدم وجوب الصلة، والنص خاص بالملة[٤].

وأما النفقة فإنما لم تجب؛ لأن نص النفقة فرّق بين المسلم والكافر وهو قوله تعالىٰ: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، علىٰ ما بينا في موضعه، ولا إرث إذا اختلف الدين، وأطلق نص العتق، من ملك ذا رحم محرم منه، فثبت أنا نسلم أن البعضية علة في الأصل لإيجاب العتق وغيره، وندعي أن القرابة المحرمة للنكاح علة أيضا، ويجوز أن يثبت الحكم بعلتين وأكثر، فلا يمتنع[٥] الحكم بعدم البعضية إذا وجدت الأخرىٰ؛ لأن الحكم يبقىٰ بعلة واحدة، فجُلُّ كلام الخصم تعليل أصلنا بالبعضية، وإنا نسلم له ذلك، وإنه لا يمنعنا عن[٦] التعليل بوصف آخر، ثم القياس علىٰ بني الأعمام بأوصاف سوىٰ المحرمية، وإنا نسلم أن القرابة بتلك الأوصاف ليست بعلة للعتق، وفيما نحن فيه لا يعتق بها، ثم الاستدلال بالأحكام لهذا الحكم، إنما[٧] يستقيم[٨] إذا كانت نظائر، وقد بينا أنها ليست بنظائر - إلا فصل الكتابة، وسنذكره علىٰ الاستقصاء إن شاء

---

[١] «ص» (العتق).
[٢] «ص» (وكذلك).
[٣] «ص» (وفيه عموم نصوص كلها عامة).
[٤] «ص» (بالنفقة).
[٥] «» (فلا يمنع).
[٦] «ن» (من).
[٧] «ن» (وإنما).
[٨] «ن» (يستقيم الاستدلال).

الله تعالىٰ ـ وكلامنا واحد، وهو أن القرابة المحرِّمة للنكاح علة للعتق مع الملك، فيما بين أصحاب الولاد، وقد بينا أن صفة[1] المحرمية للنكاح دليل علىٰ هذا من طريق الأولىٰ، وإذا ثبت الموجب للعتق لم ينفصل عنه الخصم، إلا بما يفسد السبب الموجب أو يخرج الملك[2] عمن يلزمه العتق، وليس في كلامه ذلك، والله أعلم.

|٧٧٦| **مسألةٌ**[3]: وأمّا المكاتب إذا ملك أخاه أو أباه، فلا يتكاتب عليه عند أبي حنيفة رحمه الله علىٰ الحقيقة، وتعليلنا للتسوية بين الأب والأخ.

وهذا لأنا جعلنا العلة الملك مع القرابة، ولا ملك للمكاتب علىٰ الحقيقة. ألا ترىٰ أن الصدقة تحل له وإن أصاب كثيرا، ولا يملك الهبة، ولا يفسد نكاح امرأته إذا اشتراها، ألا ترىٰ: أن أبا حنيفة رحمه الله يقول: إذا عجز المكاتب بِيعَ الأب، ولو كان مكاتبا لبقي عليه بعد عجز العاجز منهما، ثم لا مناظرة لهم معنا في امتناع بيعه للحال، إذا لم يصِر مكاتبا، وإنه فتوىٰ خارج عن هذه المسألة، ثم الجواب وهو الحجة علىٰ أبي يوسف ومحمد: أنه إنما امتنع لأنه ثبت له ضرب ملك إن لم يثبت حقيقة، ويوقف قدر الواقع منه علىٰ التحقق[4] إذا تم عقد الكتابة بالأداء، وحق البعضية حق قوي، في تحريم استذلال بعضهم بعضا، بحكم الملك قهرا علىٰ ما قلنا، فلو قلنا[5] ببيعه لبطل حق الأب أصلا، ولو قلنا:

---

[1] «ن» (وصف).

[2] «س»، «ن» (الملك)، والمثبت من «س»، «ن».

[3] «ص» (فصل).

[4] في «أ» (التحقيق).

[5] «ن» (علىٰ ما قلنا).

يتكاتب على الحقيقة، لا التحق[١] هذا الملك بملك الحر؛ لأن ذلك الملك يجعله بمثل حاله، وبالكتابة يصير بمثل حال المكاتب، فقلنا: يمتنع البيع للحال؛ لئلا يبطل حق الأب بالبيع، وإنما يصير بمثل حاله إذا عتق وملك حقيقة، نظرا للمكاتب في أن لم نجعله بمثل حاله قبل الملك حقيقة، وللأب في[٢] إن لم نبطل حقه، وقد ثبت شيء من الملك، وإنه كما إذا ملك أم ولده، لا يبيعها ولا تصير أمَّ ولدٍ للحال، حتى إذا عجز بيعت، ولو صارت أم ولد لما احتمل حقها النقص؛ لأن الحق متعلق بالملك ولم يوجد على الحقيقة، ولكن وُجد ضرْب منه، فامتنع البيع بالموجود من الحق؛ لئلا يبطل حقها بالبيع للحال، وتوقف ثبوت حقها على تمام الكتابة بالعتق، ولم تصِر أم ولد نظرا للمكاتبة، وكذلك إذا ملك المكاتب ولده لا يصير مكاتبا على الحقيقة.

ألا ترى أن المكاتب إذا عجز لم يسع على نجوم الكتابة، وقيل: له إما[٣] أن تؤدي للحال، أو ترد في الرق استحسانا، والقياس أن يباع، ولو صار مكاتبا على الحقيقة لسعى[٤] على النجوم، كالولد المولود في الكتابة.

وكما قاله أبو يوسف ومحمد: أنه يسعى على النجوم في المسائل كلها، ونظيره ما إذا كاتب الرجل عبدين[٥] له حاضرا وغائبا[٦] على ألفٍ مكاتبة واحدة، على أنهما إن أدَّيا عتقا، وإن عجزا رُدَّا في الرق، وعلى أن كل واحد منهما كفيل

[١] في «أ» (لاالتحق).
[٢] «ص» (ولم يثبت له حق البيع).
[٣] «ص» (إنما أن).
[٤] «أ» (تسعى).
[٥] «ن» (عبدا).
[٦] «ن» (أو غائبا).

عن صاحبه، فإن الغائب لا يصير مكاتبا؛ لأنه لم يقبل، وإن مات الحاضر قيل للغائب: إما أن تؤدي للحال أو تُباع لضرب[١] حقٍّ ثبت له بقبول الحاضر، وصيرورة عتقِه حقا له في عتق الحاضر بشرط المولىٰ إن أدىٰ، فكذلك الولد؛ لأنه أشبه المولود في الكتابة بكونه ولده، وأشبه الأب بدخوله في ملك المكاتب، وهو منفصل عن المكاتب[٢] كالأب، فطُلب له حكم بينهما، وهو أن يقال له: إما أن تؤدي للحال أو تباع كما طلب للعبد الغائب، لما صار داخلا تحت الكتابة في حق المولىٰ بشرط[٣]، غير داخل في حق نفسه لعدم الولاية عليه، ولم يثبت للأخ شيء من هذه الأحكام؛ لأن القرابة بلا بعضية أضعف من البعضية، وكان القياس أن لا يثبت لهم جميعا شيء مما ذكر لعدم حقيقة الملك، وإنما أثبت قدر ما أثبت بقوة البعضية، فانعدم بعدمها، والله أعلم.

وأما السبب اللغوي، فنبدأ بالكتابة؛ لأنّ الخلاف فيها دون الصريح المرسل، ثم بالصريح المعلق ففيه خلاف.

❊ ❊ ❊

---

[١] «» (لضرب).

[٢] «ص» (عنه).

[٣] «ن» (بشرطه).

فصل الكتابة

[٧٧٧] **مسألةٌ**: إذا قال لعبده: هذا ولدي، ومثله لا يولد لمثله، أو قال: هذا[١] أبي، ومثله لا يلد لمثله، عتق عند أبي حنيفة ﷺ.

وعندهما لا يعتق؛ لأن ما صرَّح به مستحيل في نفسه فيلغو، كما إذا قال لغلام صغير له: هذا جدي، وكما إذا قال له: أعتقتك قبل أن أُخلق، أو قبل أن تُخلق، بخلاف ما إذا كان مثله يولد لمثله، وهو ثابت النسب من غيره؛ لأن الولاد منه غير مستحيل، فيؤاخذ به كأنه حق، وإن لم يصدَّق على غيره، كما إذا أقر لعبد غيره أنه حر الأصل، ثم اشتراه يعتق عليه، كأنه حق، ولم يصدَّق على البائع، ولا يبطل هذا الجواب بما[٢] لو كانت أمة له ثابتة النسب من غيره فقال: هذه ابنتي، عتقت وحل له أن يتزوجها، ولو جعلناها منه باطنا لم تحل؛ لأنا لا نصدِّق المقر على الولد؛ لأنه على غيره، لكن فيما يلزمه من حكم إقراره في ملكه، والعتق في الملك حكم إقراره بالولادة، فإن من اشترى ولده ملكَه وعتق عليه، فالعتق حكم يلزمه في ملكه، فيزيله لا حق غيره[٣] فيه فينفذ، وأما حرمة النكاح بالولاد فليس تلزمه في ملكه، فإن الابنة محرمة بالنسب وبالولاد منه، وهي الحرمة الثابتة منه بقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]... الآية، فتكون صفة للمرأة تنافي ملكه، لا تصرفا في ملكه، فلا يثبت بإقراره؛ لأنه حجة عليه لا غير، فأما الولاد فيتعلق به عتق في ملك الأب، فيصير

[١] «ن»، «ص» (إنه).

[٢] «أ» (مما).

[٣] «س» (لغيره).

إقرارا على نفسه فيصح، ما لم يظهر الكذب بيقين، فصار الإقرار بالولاد إقرارا بالعتق في ملكه، فمتى[١] احتمل كون الولاد ثابتا بينهما لزمه حكمه في ملكه؛ لأنه تصرف على نفسه، ومتى لم يحتمل الثبوت صار كصريح إقرار بالعتق، بحيث[٢] لا يحتمل كقوله: أعتقتك قبل أن أُخلق، وكذلك لو قال لعبده: هذه ابنتي لا يعتق؛ لأنه مستحيل، وكذلك إذا كان للغلام أم معروفة فقال له: هذا ولدي، ومثله لا يولد لمثله لم تصِر الأم أم ولد له[٣]، ولم تعتق بالموت، وهذا الكلام إذا ثبت أوجب عتقا معجلا للولد ومؤجلا للأم.

إلا أن أبا حنيفة ﷺ يقول: إن صريحه محال كما قالا، فلا يثبت، ومجازه مستقيم فيثبت؛ لأن الكلام متى لم يثبت حقيقة[٤]، وله مجاز يمكن إثباته ثبت مجازه؛ لأن الكلام ضربان: حقيقة ومجاز، فلا يلغى ما أمكن، وإنما قلنا: مجازه مستقيم؛ لأن مجازه في أن يجعل كناية عن قوله: إنه عتق علي من حين ملكته[٥]، وهذا مستقيم.

وإنما قلنا: إنه يحتمل هذه الكناية[٦]؛ لأن الولاد مع الملك سبب للعتق على المالك لا محالة، فإذا لم يحتمل المحل المضاف إليه هذا السبب ثبوت النسب، صار السبب كناية عن حكمه إذا احتمل المحل[٧] حكمه؛ لئلا يلغو،

---

[١] «ن» (فمتى ما).

[٢] «ص» (حتى).

[٣] «ن»، «ص» (ولده).

[٤] «أ» (حقيقته).

[٥] «ن» (ملكه).

[٦] «ن» (الكتابة).

[٧] «ن» (المضاف إليه هذا السبب ثبوت النسب).

فإن العرب تكني عن الشيء بسببه، فيجعل الولاد[١] كناية عن حكمه[٢]، وهو العتق في الملك، فيصير قوله: هذا ولدي، وقوله: إنه عتق عليّ من حين ملكته سواء، ويلغو صريح الولاد وحقيقته؛ لأن الكلام متىٰ صار مجازا عن غيره، بطلت حقيقته.

ألا ترىٰ أن من مات وترك مكاتبا فأعتقه الوارث، كان أثرا لكتابه[٣]، لا إعتاقا من قبله، حتىٰ إن الولاء يكون للميت؛ لأن الإعتاق متىٰ صح أوجب الإبراء، فإذا لم يصح؛ لأن المحل لا يحتمله من قبله، صار[٤] مجازا عن الإبراء، الذي هو حكمه.

وألا ترىٰ أنه إذا اشترىٰ حُرة بألف درهم بشهادة الشهود كان نكاحا، وكذلك الهبة؛ لأن المحل لا يحتمل الشراء حقيقة، ومن حكم الشراء ملك المتعة في المحللات للمشتري، فيصير كناية عن حكمه، وهو تمليك المتعة، فيصير قوله: اشتريت، وتزوجت بمنزلة، وقد أطلنا الكلام في هذا الباب في مسألة النكاح بلفظ الهبة والتمليك؛ ولهذا لا يثبت للأم حق العتاق؛ لأنا أوجبنا العتق للولد بمجاز هذا اللفظ، وهو الإخبار عن عتقه من حين ملكِه لا بحقيقته، والإخبار عن عتقه لا يوجب حق عتاق للأم.

❊ فإن قيل: العتق في ملكه من لفظ الولد حكم ثبت شرعا لا لغة، ونحن في تثبيت هذا المجاز[٥] لغة لا شريعة، فأما ملك المتعة من ملك الرقبة فثابت

[١] «أ» (الولد).

[٢] «ص» (غيره).

[٣] «ص» (للكتابة)، وفي «أ» (إبراء للكتابة).

[٤] في «أ» (فصار).

[٥] «ن» (الحكم).

لغة ، كان معلوما ذلك قبل الشرع ، فاستقام إثبات ذلك المجاز لغة ، وأنه سؤال حسنٌ.

والجواب عنه: أن هذا الحكم للولاد قد ظهر شرعا ، ولما صار معلوما صار بمنزلة الثابت لغة قبل الشرع ، كاسم الحج والصلاة وغيرهما.

ولا يلزم إذا قال: هذا أخي ؛ لأنه لا يعتق به ، وإن احتمل أن يكون أخاه ، فالفرق يلزم الكل ، قال محمد ﷺ: لأنه قد يكون أخاه بالنسب[١] ، وبالدين ، وبالرضاع ، فجعل الأخ اسما مشتركا لا يتعيَّن[٢] إلا بنيَّة ، والولاد اسما محكما ، وجعل أثر[٣] الرضاع مجازا ، لا يشارك الحقيقة وهو[٤] حجة في اللغة خاصة عليه ؛ ولأن الأخوَّة بنفسها لا توجب عتقا ، بل بواسطة الأب على ما بينا في مسألة عتق الأخ ، فيكون العتق من حكم الواسطة ، والواسطة لم تذكر نصًّا ، ولا تثبت الواسطة بما ذكر نصا ، فلم يصر العتق في ملكه بدون الواسطة حكم نصِّه ، فلا يستقيم كناية عنه ، كشراء الأب لا يكون إعتاقا بنفسه ، بل بواسطة الملك ، فمتى لم يوجب الشراء ملكا للمشتري لم يكن إعتاقا ، وكذلك إذا قال لغلام صغير له: هذا جدي ؛ لأن الجد إنما يعتق عليه بواسطة الأب ، فما لم تثبت الواسطة إما نصا أو مقتضى ثبوت النسب ، لم يوجب عتقا في ملكه ، فلا يصير حكما له ، فلا يستقيم كناية عنه ، فأما الولاد بنفسه ، فعلة العتق مع الملك ، وقد نطق بالولاد والملك ثابت ، فهم بَنَوْا العتق على صريح الولاد ، وأبو حنيفة ﷺ جعله كناية

[١] «أ» ، «ن» (بالسبب).

[٢] «ص» (إلا بتعيين).

[٣] «أ» «ص» (من).

[٤] «ص» (وقوله).

عن حكم الولاد، لو تحقق كما في النكاح بلفظ الهبة جعلنا الهبة كناية عن حكمها لو تحققت، واحتمل المحل الهبة.

ولا يلزم إذا قال: يا بني؛ لأنه لا يعتق وإن احتمل، وكلامنا لبيان أن الاحتمال ليس بشرط لعَمل هذه اللفظة، فقد[١] اتفقنا أنه يعمل عند الاحتمال، فهذا فرق يلزم جماعتنا.

ثم الجواب: أن قوله: يا بني[٢] نداء والنداء باسم يقتضي ثبوت الاسم بنفسه اسما للمنادى ليستقيم إحضاره[٣] وإعلامه بذلك الاسم، فإن النداء للإعلام لا لتحقيق معنى الاسم في المنادى، كما إذا قال: يا حسن، لا يقتضي أن يكون هو حسنا، فلا يحتمل معنى المجاز عن حكمه، فإن الإعلام لم[٤] يحصل بأن يعتق فإنه ما ناداه باسم العتق، وأما إذا قال: هذا ولدي كان إخبارا، فصحته في ثبوت حكم ما أخبر، إما حقيقة وإما مجازا، لا[٥] في علم الغلام به.

ولا يلزم إذا قال: أعتقتك قبل أن أُخلق فإن صريحه مستحيل، وما له حكم في ملكه لو ثبت، فإن الإعتاق قبل الخلقِ إعتاق قبل الملك، ولو أعتقه قبل أن يملكه ثم ملكه لم يلزمه عتق، فإذا لم يكن من حكمه لو تحقق عتق في ملكه، لم يمكن أن يجعل كناية عن عتق في ملكه، فيلزمه[٦] بقدر ما يمكن تصحيحه، ولا يلزم إلا إذا قال لعبده: هذه ابنتي؛ لأن الذكورة والأنوثة في بني آدم جنسان حكما

---

[١] «أ» (وقد).

[٢] في «أ» (ابني).

[٣] «ن»، «أ» (استحضاره).

[٤] «أ»، «ن» (لا).

[٥] «ص» (إلا).

[٦] «» (فلزمه).

لعظم التفاوت بينهما ، فإذا اجتمعت التسمية والإشارة صارت العبرة للاسم .

ألا ترىٰ أنه إذا اشترىٰ عبدا علىٰ أنه عبد ، فإذا هي أمة لم ينعقد البيع ؛ لأن العبرة للاسم ، والعبد معدوم فلم ينعقد ، فكذلك في العتاق يكون العبرة للاسم ، والمسمىٰ معدوم ولا يمكن أن تجعل الابنة مجازا عن الابن بوجه .

ألا ترىٰ أنه لا يعتق وإن احتمل أن يكون ولده ، ولا يلزم إذا قال: فقأت عينك ، وعيناه صحيحتان ، فإنه لا يلزمه شيء ، ولا يجعل كناية عن الأرش الذي هو حكم الفقأ ؛ لأن الفقأ لا يوجب أرشا عليه في حال قيام العين ، فإنه لو ضرب[١] حتىٰ ذهب النور ولزمه الأرش ، ثم برأ وعاد النور أو كان قلع السن[٢] فنبت[٣] لم يلزم الجاني شيء ، فثبت أن الجناية وإن تحققت لم توجب أرشا حال عدم أثرها في المجني عليه ، والإقرار كان حال السلامة ، وإذا لم يكن الوجوب حُكمَ الجناية[٤] لم يستقِم كناية عنه ، فعلىٰ هذا الطريق يدفع[٥] النقوض .

|٧٧٨| **مسألةٌ**: ألفاظ الطلاق لا يقع بها العتاق عندنا وإن نوىٰ .

وقال الشافعي(٦) ﷺ: يقع ، لأنه نوىٰ ما يحتمله لفظه فصحّ[٧] ، كما إذا نوىٰ بألفاظ العتاقِ الطلاقَ .

---

[١] «ن» ، «ص» (فقأ) .

[٢] «ن» ، «ص» (سن) .

[٣] «أ» ، «ص» (فنبتت) .

[٤] «ص» (حال السلامة) .

[٥] «ن» (تدفع) ، «ص» (يرفع) .

(٦) انظر: «الحاوي الكبير» (١٠/١٦٥ ـ ١٦٦) .

[٧] «ن» ، «ص» (فيصح) .

وإنما قلنا: نوىٰ ما يحتمله لفظه؛ لأن في الطلاق معنىٰ العتاق من حيث الخروج عن قيد الملك الثابت في البابين[١]، وملك المملوك أمر نفسه، فتنطلق المرأة حيث شاءت، ويعتق العبد فيفعل ما يشاء، وكذلك المرأة تبين عن وُصلة النكاح، وهذا عن وُصلة ملك اليمين، وكل واحد منهما تصرف من حيث إسقاط الملك محضا دون التمليك، وفي كل واحد من الملكين ضرب رق، قال ﷺ: «النكاح رق»(٢).

ألا ترىٰ أن الجهالة لا تمنع صحة كل واحد منهما، وكذلك التعليق بالخطر يصح، فكانا مبنيَّين علىٰ السهولة ثبوتا والسعة، بخلاف ألفاظ التمليك، فإنها مبنيَّة علىٰ ضربٍ من الضيق حتىٰ لم يصح تعليقها بالخطر، ولم تصح مع الجهالة، فجاز أن لا يتعدَّىٰ حكمها عن صريحها إلىٰ كناياتها[٣]؛ ولأنه ليس في تمليك الرقبة معنىٰ ملك الزوجية، فلم يستقِم كناية عنه.

إلا أنا نقول: إنه نوىٰ ما لا يحتمله لفظه فلا يصح، كما إذا قال له: اسقني ونوىٰ به عتاقا، وهذا لا إشكال فيه؛ لأن الإرادة وحدها لا توجب عِتقا، فإذا لم يطابقها اللفظ بقيت منفردة.

وإنما قلنا: نوىٰ ما لا يحتمله لفظه؛ لأن الطلاق لا يحتمل العتاق من حيث المعنىٰ لغة، فإن الطلاق من الإطلاق، ومعناه رفع المانع عن الانطلاق، لا إثبات قوة الانطلاق، مِن أطلقتُ عن القيد، إذا حللته، وكذلك المعنىٰ في النكاح؛ لأن عين المرأة بالنكاح لا تملك، بل هي حُرّة مالكة أمر نفسها،

---

[١] «ص» (الناس).

(٢) تقدم.

[٣] «أ»، «ن» (كنايتها).

واحتبَست علىٰ الزوج عن حكم المالكِيّة الثابتة شرعا بملك[١] النكاح، فكان مانعا شرعا، فكان الطلاق لرفع هذا المانع.

وأمّا العتاق، فمعناه لغة(٢): ضرب من القوة يقدر بها علىٰ الانطلاق، مِن عَتَقَ الطيرُ إذا قَوِي فطار عن الوكر(٣)، علىٰ ما بينا بعد هذا في تفسير العتق، ومعناه فيما نحن فيه كذلك، فإن العبد مملوك نفسه لغيره، فلا قدرة له حكما علىٰ الانطلاق، فإن الملك عبارة عن القدرة، فصار قدرته لمالكه حكما، وبالعتق يعود إليه أمر نفسه، فيصير مالك نفسه، فثبت له القدرة الحكمية، وثبوت هذه القدرة يخالف معناها، معنىٰ ثبوت ارتفاع المانع عن استعمال القدرة، كما في الحسيَّات رفع القيد يخالف معناه معنىٰ قوة الفرْخ، أو الطفل حتىٰ يقدر علىٰ الذهاب، وكذلك الحرية عبارة عن صيرورته أهلا لملك الأشياء علىٰ ما بينا، فكانا معنيَيْن راجعين إلىٰ ذاته، والطلاق والإبانة والقطع والتحريم صفات، ترجع إلىٰ الأفعال، فكانت متغايِرة المعاني، أعني: المعنىٰ الخاص لذلك الاسم، فمعنىٰ العلة غير معنىٰ إزالة المانع عن العلة، وكذلك عدم العلة غير قيام المانع بعد وجودها.

وتحقيق ما قلنا من تفسير ألفاظ الطلاق، أن المنكوحة في نفسها حُرّة مالِكة رقبتها كغير المنكوحة، وملك النكاح منعها عن الانطلاق بحكم حريتها الذي كان قبل النكاح، فكان الملك مانعا ثبوت حكم الحرية لرقبتها، لا مبدِّلا أصل الحرية التي هي قوة حكمية، فلا يبقىٰ بينهما احتمال، من حيث تشاكل المعاني

---

[١] «أ» (لملك).

(٢) انظر: «العين» (١/١٤٦)، «الصحاح» (٤/١٥٢٠)، «مقاييس اللغة» (٤/٢١٩).

(٣) الوكر: موضعُ الطائرِ الّذِي يبيضُ فِيهِ ويُفْرِخُ. انظر: تهذيب اللغة (١٠/١٩١).

علىٰ الحقيقة ، وإن تشاكلت ظاهرا قبل التأمل طلاق وعتاق وإسقاط .

ألا ترىٰ أن المحالَّ مختلفة ، محل العتق الذات بحقيقته ، ومحل الطلاق فعل الذات بحقيقته ، فتنطلق إلىٰ حيث شاءت ، فأما ذاتها علىٰ الحقيقة فلها في الحالَين ، والفعل[١] لم يكن لها ، فيصير لها بالطلاق ، إلا أنه إذا نوىٰ بالعتاق الطلاقَ صح ، ويصير كناية لا من حيث الاحتمال[٢] من حيث المعنىٰ[٣] ، بل من حيث إن العتاق سبب لتحريم ملك المتعة ، فإن مَن أعتق أمته حرُمت عليه ، كما لو كانت منكوحة فطلَّقها ؛ وهذا لأن زوال ملك الرقبة يتضمن زوال ملك المتعة ، كما تضمن ثبوت ملك الرقبة ملك المتعة ، ولما كان سببا له من هذا الوجه صلح كناية عنه ؛ لأن العرب تكني عن الشيء بسببه ، كما سمَّت المجامعة ملامسة ومسيسا ؛ لأن المسيس سببها ، ومن هذا الوجه لم يصلح الطلاق[٤] كناية عن العتق[٥] ؛ لأن الطلاق لا يصير سببا لزوال ملك الرقبة إلىٰ عتق ، وصار كما قلنا : إن ألفاظ تمليك الرقاب يثبت بها ملك النكاح ، ولفظ ملك النكاح لا يثبت به ملك الرقبة ، لا من حيث تشاكل المعنىٰ ؛ بل لأن ملك الرقبة يكون سببا لملك المتعة ، وملك المتعة لا يكون سببا لملك الرقبة ، وقد قالوا جميعا : إن المنفعة تُملك بلفظ الهبة ، والرقبة لا تُملك بلفظ الإعارة ؛ لأن الهبة تُملِّك[٦] الرقبة ، وأنه يتضَّمن ملك المنفعة فكان[٧] سببا ، فصلح كناية عن الإعارة ، وملك المنفعة

[١] «ص» (والعمل) .
[٢] «ن» (احتمال) ، «ص» (لا من حيث احتمال المعنىٰ) .
[٣] «ن» (احتمال) .
[٤] «ص» (لا من حيث احتمال المعنىٰ) .
[٥] «ص» ، «أ» (العتاق) .
[٦] «ص» (لتمليك) ، «أ» (لملك) .
[٧] «ص» (فصار) .

لا يتضمن ملك الرقبة، فلم تصلح الإعارة الموضوعة لملك المنفعة كناية عن هبة الرقاب، وعلىٰ هذا البيع مع الإجارة، وإن لم يكن بين النكاح والهبة تشاكل معنىٰ، وبين الإعارة والهبة. ألا ترىٰ أن الإعارة محلها المنافع، والهبة محلها الأعيان، وما الأعيان فيها معنىٰ المنافع هذه أعراض، وتلك جواهر.

فالشافعي ﷺ نظر إلىٰ ظاهر الألفاظ وظاهر أحكامها، ونحن إلىٰ معاني الألفاظ وحقيقة[١] أحكامها، فكان معذورا في العمل بالظاهر، وكنا مشكورين في إصابة الباطن، وقد استقصينا الكلام فيه في باب النكاح.

وكذلك[٢] إذا أوصىٰ بهبة الدار سُكنىٰ تكون هبة المنفعة، وإذا أوصىٰ بالإعارة يريد الرقبة لا يصح، وإن كان الملك يقع بعد الموت[٣] بلا خلاف، وقولهم: بينهما تشاكل معنىٰ إسقاط الملك، فلا تجوز الاستعارة من هذا الطريق؛ لأن المملوكات مختلفة الجنس، مِلك مالٍ، وملك نكاح، وقصاص، وملك منفعة ورقبة، كاسم الشيء والحيوان يشتمل علىٰ أجناس مختلفة، فلا تجوز الاستعارة للاتفاق باسم الشيء أو اسم الحيوان، إنما يجوز إذا اتفقا في معناه الخاص، كالشجاع سُمِّيَ أسدا؛ لاتفاقهما في معنىٰ الشجاعة علىٰ الخصوص، ويستعار اسم الخمر لكل مسكرٍ؛ لاتفاقهما في معناه الخاص وهو الإسكار، والطلاق معناه الخاص رفع المانع عن علة قائمة للانطلاق حكما، وهو الحريَّة والمالكيَّة لنفسها مع النكاح، والإعتاق إثبات لصفة[٤] المالكية والحرية التي بها

[١] «ص» (وحقائق).

[٢] «ص» (وعلىٰ هذا).

[٣] «س»، «أ» «ن» (الموت يقع بعد الملك) والمثبت من «ص».

[٤] «أ» (صفة).

يملك الشخص الانطلاق شرعا، فالمملوك شرعا لا يتَّصف بالمالكية، وبالعتاق يحدث علة الانطلاق وهي المالكية، فلما اختلفا في المعنىٰ الخاص، لم تصح الاستعارة بمعنىٰ الاسم العام المشتمل علىٰ أجناس مختلفة، من قيام اسم الملك والرق[١]، فالرق ضربان: حقيقة وهو ضد الحرية، ومجاز وهو الاحتباس شرعا لضرب ملك مع قيام الحرية المطلقة، والمجاز غير الحقيقة، فيكون معناهما مختلفا أكثر من اختلاف اسم العام أجناسا كثيرة.

ألا ترىٰ أن الأسامي كلها تثبت لعموم الاسم العام، والمجاز والحقيقة لا يجتمعان تحت اسم[٢] واحد، ألا ترىٰ: أن الغائط عبارة عن[٣] المكان المطمئن من الأرض، وفي المجاز: عبارة عما يخرج من الإنسان عادة، وما بين الخارج من السبيل[٤] والمكان المطمئن من الأرض تشاكُل معنىٰ، وإن جمعهما الاسم من حيث المجاز والحقيقة.

❁ **فإن قيل**: الآدمي خُلق بحيث ينطلق حيث شاء، وبملك اليمين يمتنع، وكذلك بملك النكاح يمتنع مع قيام العلة، وهي كونه آدميا.

❁ **قلنا**: لا كذلك، بل الآدمي حيوان كالبهيمة، وبهذا الاسم لا يملك نفسه ولا غيره، بل بصفة الحرية، وهذه الصفة تزول بالرق، فتزول المالكية، وهي علة ملك الانطلاق شرعا، وبالتحرير يثبت، وهذه الصفة[٥] لا تزول

[١] في «أ» (أو الرق).
[٢] «ص» (الاسم).
[٣] «ص» (حقيقة اسم).
[٤] في «أ» (السبيلين).
[٥] «ص» (الصفات).

بالنكاح ، بل النكاح يمنع استعمال العلة ، هذا كما تسقط القوة الطبيعية أصلا بالموت ، وتتجدد بالإحياء ، وتحتبس بالقيد مع قيام القوة ، فلا يكون بين الإحياء ورفع القيد تشاكل معنًى ، وكذلك المريض يداوَىٰ فيقوىٰ[١] علىٰ المشي ، والموثَّق يرفع وثاقه فيقدر ، فلا يكون بين المداواة ورفع الوثاق[٢] تشاكل معنىٰ.

❁ **فإن قيل:** أليس ملك النكاح في حكم ملك العين ، فيكون رفعُه في حكم رفع ملك اليمين أيضا ؟

❁ **قلنا:** نعم ، ولكنه في الحقيقة ليس بملك عينٍ ، فإنها حرة مالكة نفسها ، فصار الملك الملحق حكما بملك العين ، مانعا عن ظهور حكم الحرية بقدر ما ثبت ، والله أعلم.

❁ ❁ ❁

[١] «ص» (فيصح ليقوىٰ).

[٢] «ن» (بين رفع الوثاق والمداواة).

فصل التعليق

|٧٧٩| مسألةٌ منها: إذا أضاف العتق إلىٰ ما يملك صحَّ عندنا. وعند الشافعي(١) رحمه الله لا يصح.

والمسألة مرت في الطلاق.

|٧٨٠| مسألةٌ: ومنها: المكاتب إذا قال: كل مملوك أملكه فهو حر، فملك مماليك بعد العتق[٢]، عتقوا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يعتقون[٣]، وكذلك العبد المأذون له في التجارة علىٰ هذا، وكذلك لو[٤] قال: أبدا، أو إلىٰ ثلاثين سنة.

وجه قولهما: أنه عقَد اليمين علىٰ ما يملكه في المستقبل من غير توقيت، فدخل تحته ما يكون قبل العتق وبعده، دل عليه إذا قال: أبدا.

وعلىٰ هذا إذا قال: لامرأة حرة إن اشتريتك فعبدي حر، فارتدت ثم سُبِيَت واشتراها الحالف، لم تعتق عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما تعتق؛ لأنه قال: إن اشتريتك ولم يوقِّت، وشراؤها متصوّر من

(١) «المهذب في فقه الإمام الشافعي» (٨/٣)، «نهاية المطلب» (١٨٧/١٤)، «روضة الطالبين» (١٨٧/١٤).

[٢] «ص» (فملك بعد الحرية).

[٣] «ن» (يعتق).

[٤] «ن» (إن).

هذا الطريق فانصرف إليه.

إلا أنه يقول[١]: العبد عقد اليمين على ما يملكه، وهو غير مقيد بما بعد العتق، فيتناول[٢] ملكه وهو مكاتب، وملكه للحال ملك مجاز ما له حقيقة، ولا يملك به[٣] الإعتاق، فبطل اليمين، كما لو قال: أملكه وأنا مكاتب، ولما تناول[٤] المجاز؛ لأن ملك الحالف لا يثبت إلا هكذا، لم يدخل تحته الحقيقة؛ لأنهما لا يجتمعان تحت لفظ واحد؛ ولأن ذلك الملك ليس بملكه، بل هو ملك حرية، وأنه معدوم للحال، وكذلك مسألة الشراء لما أضاف الشراء إليها، وشراؤها على هذه الحالة لا يثبت على الحقيقة، صار عبارة عن مجازه، وهو النكاح؛ كأنه قال: إن نكحتك كما لو قال لها: اشتريتك، فقالت: بعت، انعقد النكاح بينهما، ولمَّا تناول النكاح مجازا، لم يدخل تحته الحقيقة.

ولأن الحقيقة لا تثبت بحال على هذه الصفة، والصفة الأخرى معدومة فلا، يتعلق بها إلا بذكر وتقييد، كما إذا قال لامرأة: إن نكحتك فعبدي حر، فإن كانت أجنبية كان على العقد، وإن كانت منكوحة، كان على الوطء؛ لأنه نكاح حالها، فلم يتناول المطلق نكاح حال معدوم ولا عمَّهما؛ لأن المحتمل لا عموم له في محتملاته.

[٧٨١] **مسألةٌ**: ومن هذا الجنس مسائل جمع أبو يوسف ومحمد رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى

---

[١] «ن»، «ص» (إنا نقول).

[٢] «ن»، «ص» (فتناول).

[٣] «ن» (بدل).

[٤] «ص» (ولا يتناول).

بين المجاز والحقيقة بالعرف، وأبىٰ أبو حنيفة ﷺ ذلك.

|٧٨٢| **مسألةٌ** منها: من حلف أن لا يأكل من هذه الحنطة، ولا يشرب من الفرات، ولا يأكل الشحم، فأكل شحم الظهر؛ حنث عندهما لأنه يسمىٰ شحما في عرف لسانهم، وإن كان مجازا. فهذه من تلك الجملة، والله أعلم.

|٧٨٣| **مسألةٌ**: إذا قال لأمته: أول ولد تلدينه فهو حر، فولدت ولدا ميتا لم يحنث عند أبي حنيفة، حتىٰ إذا ولدت حيا بعده عتق، وقال صاحباه[١]: يحنث، ولا يعتق الولد الآخر[٢]، قالا: لأنّه جعل الشرط ولادة الولد، والميت وُلِد كالحي؛ لأنه اسم لمعنىٰ الولادة[٣]، لا لمعنىٰ الحياة، فإنه حي قبل الولادة ولا يسمىٰ ولدا، وبدليل أنه لو علق به طلاق امرأة[٤] طلقت بولادة الولد الميت، كما لو ولدت حيا، هذا ظاهر، إلا إنا نقول: قوله: فهو حر، أوجب تقييد الولد بالحياة، فصار في حق التحرير[٥] كأنه قال: أول ولد تلدينه حيا فهو حر، وإنما قلنا أوجب[٦] ذلك[٧]؛ لأن قوله فهو حر، إيجاب صحيح للحرية.

ألا ترىٰ: أنها إذا ولدت حيا عتق؛ ولأن اليمين صحح[٨] بالإجماع، ولا

[١] «ص» (أبو يوسف ومحمد).
[٢] «ص» (الثاني).
[٣] «ص» (الحياة).
[٤] «ص» (امرأته).
[٥] «ص» (التحري).
[٦] «أ» (وجب).
[٧] «ص» (التقييد).
[٨] «أ» (صحيح)، «ن»، «ص» (صحيحة).

تصح إلا بصحة الجزاء، ولما صح إيجاب حرية الولد اقتضى[١] ضرورة حياته؛ لأن الميت لا يتصف بالحرية ولا بالرق؛ لأن الحرية عبارة عن سبب المالكية فينا، والرق عبارة عن سبب المملوكية والميت لا يتصف بالمالكية، ولا هو أيضا بمحل[٢] للتملك، فلا يتصف برق ولا حرية.

ولهذا قال أبو حنيفة: إن من جمع بين ميت وعبده[٣] فقال: أحدكما حر، عتق عبده، خلافا لهما؛ لأن الآخر ليس بمحل له، فلم يقع الوصف دائرا، وتعيّن للعتق[٤] العبد منهما[٥].

❊ فإن قيل: إذا أعتق ما في البطن فولدت لستة أشهر إلا ساعة عتق؛ بناء على أقل المدة، فيكون ماء مهينا حين العتق، لا حياة له وقبل الإعتاق.

❊ قلنا: لأن الماء في الرحم للحياة فأعطي حكمها حتى قيل: إنه يرث، ويوصى له فيصح، والميت يورث ولا يرِث، فكذا العتق؛ وهذا لأنه للحياة يوضع فيها، لا يتلاشى إلا بآفة، فأما بعد الموت فليس هو للحياة في الدنيا، فيبقى ميتا حقيقة وحكما، كالبيض له حكم الصيد في باب الإحرام؛ لأنه يصير صيدا إلا بآفة، وينقطع بالشيء، فأما إذا علّق بالولادة، طلاق امرأته[٦] أو عتق الوالدة، بقيت العبرة للولد المطلق، لا عبرة للحياة معه[٧] لعدم ما يوجب هذه

---

[١] «ن» (فتقتضي).
[٢] «أ» (محل).
[٣] «ص» (حي عنده).
[٤] «ن» (للقبول).
[٥] «ص» (ويعتق العبد منهما).
[٦] «ن» (امرأة).
[٧] «ص» (للمتوصفة).

الزيادة، وكذلك إذا علق به الطلاق وحرية الولد جميعا، طلقت المرأة بالولد الميت، وبقي العتق مع الولد الحي؛ لأن الحياة غير منصوص عليها شرطا، وإنما ثبتت مقتضاة[١] بحرية الولد، فتثبت بقدر دليلها في حق حريتها[٢] دون الطلاق، كما إذا قال لامرأته: إن حضتِ فأنتِ طالق وفلانة معك، فقالت: قد حضتُ وكذَّبها الزوج طلقت هي، ولم تطلق فلانة؛ لأن الشرط ثبت بقولها، وقولها حجة في حقها دون غيرها، فكان الثبوت بذلك القدر، والله أعلم.

فصار أصل المسألة فرعًا لقوله: أحدكما حر، وأحدهما ميت؛ لأن قوله: أول ولد تلدينه هو حر؛ لأنه بمنزلته[٣]؛ لأنه قد يكون الأول ميتا، وقد يكون حيا، فعندهما يتناول كل ذلك، وعند أبي حنيفة يتعين له الحي منهما، وهو أضاف إلى غير عين.

وجه قولهما: أن نصَّ قوله لما[٤] تناول كل واحد منهما على السواء وفي تناوله الميت إبطال الإيجاب، فإن تعذَّر تصحيحه موجبا اعتبر مبطلا عن نفسه فإنه مقصود.

ولأنا متى صححناه صححناه في عين، وهو أضاف إلى غير عين[٥]، فيكون غير الذي تكلَّم به، وإنما يتحرى للكلام الصحة على ما يحتمله لا على تركه، وعلى هذا الاختلاف إذا قال: لفلان عليّ ألف درهم أو عليّ هذا الحائط،

---

[١] «أ» (ثبت مقتضاه).

[٢] «أ»، «ن»، «ص» (الحرية).

[٣] «ص» (بمنزلته).

[٤] «أ» (لا).

[٥] «أ» (العين).

فإن الإقرار لا يصح عندهما، خلافا لأبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه لما نصَّ على كلمة أو صار إقرارا لفلانٍ بالشك، هذا هو القياس الظاهر بخلاف الوصية لرجلين، فإذا أحدهما ميت فإن الثلث للحي منهما؛ لأنه كما لا[١] تصح الإضافة إلى الميت[٢] إيجابا، لم تتضمن تلك الإضافة إبطالا عن نفسه ليعتبر مبطلا، وههنا تضمن إبطالا فاعتبر مبطلا.

ولأبي حنيفة: أن قوله: أحدكما حر لإيجاب الحرية على أحدهما، فإن كان كل واحد منهما صالحا مثل الآخر للدخول تحت الإيجاب لم تبطل صفة الجهالة، وإن كان الصالح أحدهما بعينه دون الآخر، فلو اعتبرنا صفة الجهالة بطل الإيجاب، وإن راعينا صحة الإيجاب بطلت صفة الجهالة؛ لأن الصالح عين منهما، فكان إبطال الوصف مع صحة أصل الإيجاب أولى.

ولأن إيجاب الحرية يقتضي صفة الحياة ضرورة على ما قلنا[٣]، فصار كأنه قال: أحدهما الحي حر، وكذلك كلمة عليَّ تقتضي ذمة[٤] قابلة للضمان، فصار كأنه قال: على أحدنا الصالح للضمان ألف درهم، فيتعين له المقر، وهذا بخلاف المكاتب يقول[٥]: كل مملوك أملكه[٦] فهو حر، فإنه ينصرف عند أبي حنيفة رحمه الله إلى ملكه وهو مكاتب، وأنه لا يقبل العتق؛ وذلك لأن العبد يقبل العتق، إلا أن المالك عاجز. ألا ترى أنه يكاتبه فيؤدي فيعتق، وهذا كما إذا أوصى لرجلين

---

[١] «ن» (لم).
[٢] «ص» (الحي).
[٣] «ص» (بيّنا).
[٤] «ص» (حرمة).
[٥] «ن» (بقوله).
[٦] «ن» (يملكه).

بثلث ماله، فإذا أحدهما ميت، كان الثلث كله للحي منهما؛ لأن الآخر كان يشاركه من حيث أنه ليس أحدهما بأولىٰ من الآخر، لا من حيث أن الواو توجب شركة، فإذا انقطعت منازعة الميت خلص المال كله للحي منهما، وكذلك إذا قال لامرأتين له إحداهما أمة: إحداكما طالق إن كلَّمتُ فلانا، ثم اشترىٰ الأمة، ثم كلم فلانا تعيَّنت الحرة للطلاق، وكذلك لو ماتت إحداهما.

❋ [فإن قيل: نسلم أن الميت ليس بمحل للتحرير، ولكن لا نسلم أن إيجابه في الحال صحيح للحرية، ليقتضي الحرية الحياة ضرورة، فصار كالمنصوص عليه في حق الحرية، كأنه قال: ولد حي، بل الإيجاب متوقف؛ لأنه تكلم بكلام مشكل؛ لأنه أوجب الحرية في أول ولد، ولا يدري أن الولد الأول يكون حيا فيصح، أم ميتا فيبطل اليمين ويلغو هذا الإيجاب، هذا كما لو أشار فقال: الشخص الذي في هذه الدار حر، لا يدري أنه حي أو ميت، فإنه يتوقف: إن تبين أنه كان حيا تبين أن إيجابه كان صحيحا، وإن تبين أنه كان ميتا تبين أن إيجابه كان لغوا.

جوابه: أن الكلام مهما وجد له محمل صحيح يصحح ولا يتوقف، إذ في التوقف ضرب تعطيل، فلا يعطل أصل الكلام مهما أمكن أن يحمل علىٰ فائدة، وهو حمله علىٰ إثبات الحرية للولد المولود، فاقتضىٰ صفة الحياة للمحل، ليصح الكلام فصار المقتضىٰ كالمنصوص كقوله: ﴿وَسْـَٔلِ ٱلْقَرْيَةَ﴾ [يوسف: ٨٢]، أي: أهل القرية.

وأما مسألة الدار لا تلزم، فإنا وإن جعلنا الحق كالمنصوص عليه، إن كان ذلك الشخص ميتا أم حيا، يضيع إذا وجده ميتا؛ يعني إذا عيّنه فلا يمكن أن ينقل

هذا اللفظ إلى غيره، فأما في مسألتنا ذكره بلفظ النكرة، ووصفه بصفة يجوز أن يتصف الثاني بهذه الصفة؛ لأنها إذا ولدت ميتا ثم حيا، فهو أول ولد ولدته حيا، فإذا اقتضت لفظة الحرية صفة الحياة في المحل وذلك مما يتصف الثاني به، جاز أن يتناوله اليمين، ويتصل بمسائل التعليق][1].

|٧٨٤| مسألةٌ: الرجل إذا اشترى من رجل نصف قريبه، أو اتَّهَب حتى عتق عليه، لم يضمن له قيمة الباقي[2]، عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى. وكذلك إذا اشترى قريبه مع آخر، أو اتَّهَب حتى عتق عليه.

وقال أبو يوسف ومحمد رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَى: يضمن، وكذلك لو كان حلف بعتقه إن اشترى بعضه والمسألة بحالها، ولو اشترى نصف قريبه من رجل، والنصف الباقي لرجل آخر غير البائع، يضمن المشتري نصيب الساكت بالإجماع إذا كان موسرا.

وجه قولهما ظاهر، وهو: إن الشراء شرط العتاق في مسألة الحلف، والشريك لو أتى بشرط العتق وحده لم يبطل حقه في الضمان[3]، فهذا أولى، وبيانه في عبدٍ بين اثنين قال أحدهما لصاحبه: إن دخلت الدار فالعبد الذي بيننا[4] حر، فدخل حتى عتق، ضمن الحالف للداخل.

وكذلك في مسألة القرابة؛ لأن العتاق مضاف إلى ملك القريب لا نفس

---

[1] ما بين [ ] ليس في «ن»، «ص».

[2] «أ»، «ص» (للآخر شيئا)، في «أ» (قيمة الثاني).

[3] «ص» (لم يبطل الضمان عن العتق).

[4] «س»، «أ» (فهو) والمثبت من «ن»، «ص».

الملك، وملك القريب من حيث إنه إعتاق مقصور على القريب المُتمَلِّك، بدلالة: أنه يجوز عن كفارته إذا نوى واشترى الكل، ولو أضيف العتق إلى غيره وهو البائع لم يجز، فعلمنا أن إيجاب البائع في حق أنه إعتاق شرط؛ ليصير قبوله إعتاقا، وكذلك قبول الشريك في الشراء شرط؛ ليصح قبوله لا إشكال فيه.

ولأن الخلاف ثابت فيما إذا اتَّهبا عبدا هو قريب من أحدهما، وقبول الشريك ليس بشرط، فإنه لو قبِل وحدَه صح، ألا ترى: أن قبول الشريك موجبٌ الملكَ للشريك، وأنه ليس بإعتاق.

ولا يلزمنا المريض إذا قال لامرأته: إن دخلتِ الدار فأنتِ طالق ثلاثا، فدخلت لم ترث، كأنها سألت الطلاق، لإيجادها شرط الطلاق مختارة، لأنا عللنا لضمان العتق لا لحكم آخر، وبالإجماع إذا أوجد الشريك شرط العتق لم يبطل ضمانه ولم يصِر، كأنه أمره بالإعتاق، وفي باب الطلاق يبطل إرثها كأنها أمرته بالطلاق، فهذا فرق يلزم الكل، ولم يكن من إشكال الخلاف في ضمان العتاق.

ثم الفرق بينهما: أن الرضا بالدخول رضاً بحكمه ضرورة، ووقوع الطلاق المحرم للنكاح بعدما علق به من حكمه، فثبت الرضا به، فأما في مسألتنا فيحتاج إلى رضا يبطل ضمان العتق، وأنه ليس من حكم الشرط، بل من حكمه وقوع الجزاء لا غير، والرضا ثابت مقتضى الدخول مختارا لا إفصاحا، فيثبت بقدر الضرورة في حق الدخول وحكمه، ولم يثبت فيما عداه من ضمان العتق، كالوكيل بشراء الدار إذا اشترى لم يبطل شُفعتَه، وإن ثبت الملك للموكِّل بشرائه وهو مختار في الشراء، والشراء علة؛ لأن المشتري كالعاقد لنفسه في حقّ حقوق

العقد ووقوعه على ما عرف، وإنما يقع الملك لغيره مقتضى استحقاق الولاية عليه بالأمر، فلا يكون الرضا ثابتا بنص القبول، وإنّما[1] قابل لنفسه ومضيف إلى نفسه، وإنما[2] يثبت الرضا مقتضى أن الملك يقع لغيره فيتقدَّر بقدره، وهو الملك نفسه، فأما في حكم آخر ينفصل عنه، وهو بطلان شفعته فلا، بخلاف الوكيل بالبيع فإنه لا شفعة له؛ لأنه من حيث الحقوق كأنه بائع لنفسه، والبائع لنفسه مزيل ملكه بالنص، والإزالة تضاد حق التملك، وبخلاف الشريك إذا أذن لشريكه بالإعتاق لنصيبه، فقال له: اعتق نصيبك، فإنه لا ضمان له؛ لأن الإذن ثبت نصا، فثبت في حق العتق والضمان جميعا، وإنما تعليلنا لما ثبت مقتضى.

وكذلك[3] أصل علتنا؛ لئلا يبطل ضمان العتق، بمباشرة شرط العتق وفيه إجماع، وإنما احتجنا إلى بيان أن الشريك ما ساعده إلا على شرط العتق، ثم ما يخالف هذا بأسباب أخر، فرق لزم الجميع، ولا يلزم إذا باع أمة منكوحة قبل الدخول بها من زوجها، فإنه لا مهر لها، ويجعل البائع هو المبطل بالبيع، وإن كان الفساد متعلقا بملك الزوج، كالعتق في مسألتنا هذه؛ لأن هذا حكم آخر، ونحن لم نقل إن وقوع ملك المشتري لا يضاف إلى البائع.

ثم الجواب: أن ملك المشتري مضافٌ وقوعُه إلى البائع؛ لأن العلة هي البيع التامُّ بالقبول، وحكمه التمليك؛ لينفذ الحكم في البدلين مضافا إلى المالك[4]، فإنه لا ينفذ في غير الملك إلا بولاية على المالك، فتمليك[5] الثمن

[1] «أ» (وإنّه).
[2] «أ» (فإنّما).
[3] «ن» (وكذا).
[4] «أ» (الملك).
[5] «ص» (فيملك).

مضاف إلىٰ المشتري ، وتمليك البيع مضاف إلىٰ البائع ، وفساد النكاح حكم الملك ، والملك مضاف إلىٰ البائع ، وأمكن إضافة الإفساد إليه بسببٍ يصح منه ، فإنه لو قبلها فسد النكاح وكان مضافا إليه ، وكذلك إذا وطئها والمولىٰ أب الزوج أو ابنه فسد النكاح ، فكذلك هذا السبب لما صح منه أضيف إليه ، فأما العتق فلا يمكن الإضافة إلىٰ غير المالك ، كالطلاق في باب النكاح ، وإذا لم يتمكن[١] أضيف إلىٰ تمليك[٢] المشتري ، دون تمليك البائع ، فبقي البائع صاحب شرط ، لما انقطعت الإضافة إليه ، ولهذا جاز التكفير به عن المشتري ، ولو لم تتمحَّض الإضافة إليه لما صح ، وبهما غنية عن ذكر هذه الفروق ، بعد ما أثبتنا أن البيع شرط العتق ، بدلالة أن العتق لا يضاف إليه ، بدليل جواز التكفير للمشتري به عن كفارته ، فإجماع علىٰ أن حق الضمان لا يبطل للشريك ، بمباشرته شرط العتق .

وعلل أبو حنيفة ﵀ في غير موضع : أن الشريك أعتقه برضا الشريك ، فلا يضمن ، كما لو أذن له الشريك بالإعتاق ، وكما لو وكَّل شريكه بإعتاق نصيبه ، فأعتقه الشريك لم يضمن الموكِّل شيئا ؛ لأنه مباشر فكان فوق الإذن ، والدليل علىٰ أن الشريك الذي لم يعتق كالوكيل بالإعتاق ، لا كصاحب الشرط ، أما إذا اشترىٰ نصف قريبه ؛ فلأن علة العتاق ملك القريب ، والملك وقوعه مضاف إلىٰ البائع فيما باعه ، بدلالة مسألة بيع الأمة المنكوحة من الزوج ، وسقوط مهرها ، والعلة التي قالها الخصم في دفع تلك المسألة .

فأما قولهما : إن العتق يضاف[٣] إلىٰ المشتري فنعم ؛ لأن ملك القريب

---

[١] «أ» (يمكن) .

[٢] «ن» (تملك) ، «ص» (ملك) .

[٣] «أ» ، «ن» (مضاف) .

إعتاق، وقد اجتمعا للمشتري، فيصير البائع المملِّك ملكا فيه إعتاق معتقا، لكن معتقا على المشتري، فيصير كالوكيل من قبله في الإعتاق؛ ولهذا[١] يجوز عن المشتري التكفير به، وكذلك الشريكان في الشراء؛ لأن العقد واحد وقوعا في حكم أحكامه، كأن البائع خاطَبَ واحد[٢] بذلك.

ألا ترى أنّه إذا قبل أحدهما في باب البيع دون الآخر لم يصح، وكذلك إذا نقد أحدهما الآخر حصته من الثمن لم يملك القبض، كأنه مشترٍ جميعه ونقد بعض الثمن، وفي الهبة إذا قبِل أحدهما صح، كما لو وهب له الجميع[٣] فقبل النصف، وإن[٤] كانت الهبة في مشاع يحتمل القسمة فقبلا جملة صح، وارتفع الشيوع كان الموهوب له واحدا، أو قبل أحدهما ورد الآخر بطلت الهبة، كما لو كان الموهوب له واحدا وقبِل النصف، وإذا صار كلاهما[٥] في حق انعقاد العقد وتمامه، ككلام واحد لم يجعل بعضه شرطا لبعضٍ، بل جعل الجملة إعتاقا على القريب، وأضيف العتق إلى الكل، كما أضيف إلى كلِّ البيع، وجعل البائع كالوكيل من قِبَله، فكذا في هذا الفصل.

وتبين الآن الفرق بين هذه المسائل، وصاحب الشرط من الوجه الذي قالاه، وهو: إن صاحب الشرط رضاه ثابت مقتضًى، فاقتصر على الشرط وحكمه، ولم يتعد إلى الضمان الذي هو حكم العتاق لا حكم الشرط، وأما المعتق فراضٍ بالإعتاق إذا فعله مختارا، فثبت الرضا وإن كان مقتضى في حكمه

[١] «ن» (فلهذا).
[٢] «ن» (واحدا).
[٣] «أ» (البائع).
[٤] «ن»، «ص» (ولو).
[٥] في «أ» (كلامهما).

والضمان حكم العتق، كالعتاق في تلك المسألة حكم الشرط، وكذلك الطلاق في مسألة الفارّ حكم الشرط، وثبت الرضا بالطلاق، بإيجاد المرأة الشرط مختارة في مسألة الفرار[١] على ما مر، وأما مسألة الحلِف بالعتق إن اشترى بعضه، فإن الملك وإن كان شرطا كالدخول فهو مصحح لليمين، فاليمين بعتق عبدٍ ليس في ملكه لا يصح إلا بذكر الملك، ولما كان مصححا لعلة[٢] العتق، صار كعلة[٣] العلة، ووجب الإضافة إليها، فيصير هذا الملك بمنزلة ملك القريب.

❖ فإن قيل: لو كان هكذا لكان إذا أراد التكفير به عند الشراء يجوز وإن لم ينوِ عند اليمين، كما في شراء القريب.

❖ قلنا: إنا إنما لم نجز؛ لأن الملك إنما صار موجبا، لجعل الحالف الملك شرطا للعتق، ولما صار موجبا بيمينه لا بنفسه شرعا احتاج إلى النية عند اليمين، فهذا الملك أُضيف إليه العتق؛ لأنه مصحح ليمينه وذلك عند اليمين، وملك القريب[٤] موجب عتقا من حيث إن العتق صلة، والصلات تجب بالأملاك شرعا كالزكاة، وعلى ما بينا في موضعه، فقصرت الإضافة على حين الشراء، فجاز بنية التكفير عند الشراء.

❖ فإن قيل: إن كان الشريك لا يعلم بأن الآخر أبو العبد لا يصير راضيا بالعتق، قلنا: أرأيت لو وكّل الشريك شريكه بإعتاق نصف هذا العبد، وأشار إلى عبد بينهما، فأعتقه الوكيل وهو لا يشعر بالعبد أنه مشترك بينهما، فكيف الجواب

[١] «ن»، «ص» (الفار).

[٢] «ن» (لعتق).

[٣] «س» (لعلة)، والمثبت من «أ».

[٤] «ص» (القرب).

عنه؟ فذلك جوابي في هذا الفصل، فما كان سعينا إلا لبيان أنه كالمباشر على ولاية في ملك الغير، لا كصاحب الشرط.

ثم الجواب: أن الرضا بالقلب أمر باطن، لا يمكن بناء الحكم عليه، ومباشرة سبب العتق عن اختيار، يخرجه من أن يكون تعدِّيا، معتبرا في حق المباشر يتعلق به ضمان، كما لو باشر إتلاف ملكه بأمره وهو لا يشعر به، وإذا كان كذلك صار علمه وعدم علمه[١] بمنزلة، بل هذا أولى؛ لأن الإتلاف ورد على عين ملكه، وههنا ورد على غير ملكه على وجه لا ضمان له لو باشره الشريك بغير إذنه، وبه عذر العسر، ولما[٢] نذكر بعد هذا أن لضمان[٣] العتق حكم الصلات، بخلاف إتلاف الملك، وبالله التوفيق.

إلى هذا[٤] انتهى علمي بهذه المسألة، بعد تأملي فيها سنين كثيرة، وانتساخها مرارا، والله أعلم بالصواب.

|٧٨٥| **مسألةٌ**: إذا قال لعبده: إن أدَّيت إليَّ ألفا فأنت حر، فأتى بالألف، أُجبر المولى على القبول.

وقال زُفَر: لا يجبر؛ لأن القبول شرط الحنث، فلا يجبر على تحنيث نفسه، وإنما قلنا ذلك؛ لأنه علق العتق بالأداء، وتعليق العتق بالشرط يمين، وبدليل أنه يتم بالمولى وحده، وبدليل أنه يبيع العبد فيجوز، وكذلك لا يجبر المولى على قبول

[١] «أ» (عمله وعدم عمله).
[٢] «أ» (وبما).
[٣] «أ» (الضمان).
[٤] «ص» (هاهنا).

بعض المال ، ولو كان كتابة لأجبر ، ولو مات المولىٰ لم يجبر الوارث علىٰ القبول ، وفي الكتابة يجبر ، ولو أدىٰ المال غير العبد[١] لم يعتق العبد ، وفي الكتابة يعتق ، وكذلك لو باعه المولىٰ ثم اشتراه ، ثم جاء بالألف لم يجبر علىٰ القبول ، واليمين باقية ، لو قبل عتق ، وكذلك إذا قال: إن أدَّيت إليَّ ثوبا فأنت حر ، فأتىٰ بالثوب لم يجبر علىٰ القبول ، وكذلك إذا قال: إن أديت إلي ألفا أحج بها .

إلا أنا نقول: إنه يمين انعقادا ، وله أحكام اليمين ابتداء ، ولكنه في حكم الكتابة انتهاء ؛ بدليل أن عتقه تعلق بأداء مال معلوم ، والعتق متىٰ عُلق بالمال كان المال عوضا عنه ، كما في الكتابة ، وكذلك في الطلاق ، إن قال لامرأته: إن أعطيتني ألفا فأنت طالق ، فأعطته[٢] كان الطلاق بائنا[٣] ؛ لأنه بعوض وملكه المولىٰ[٤] أيضا بحكم المعاوضة ، لا بحكم الإعطاء ، فإن الإعطاء علىٰ سبيل الهبة لا يوجب الملك بنفسه ، ولما تعلق معنىٰ المعاوضة[٥] عند الأداء بين الألف والعتاق بهذه اليمين ، صار له حكم الكتابة عند الأداء ، لأن المعاوضة حينئذ تثبت[٦] لا قبله ، فيجب اعتبار اليمين حينئذ بما شرعت معاوضة في بابه وهو الكتابة ، أو الإعتاق بألف ، فيكون الجبر علىٰ القبول من حيث إنه عوض في عقد معاوضة ، لا من حيث تحنيث نفسه في اليمين ؛ ولهذا ملك بيعه ، وتم بالمولى وحده ، ولم يجبر على قبول البعض ؛ لأن العتق لم يتعلق به فلم يصِر عوضا ،

---

[١] «أ» (غير هذا العبد) ، «ن» (المكاتب) .

[٢] «أ» (فأعطيت) .

[٣] «ن» (ثابتا) .

[٤] «ص» (الزوج) .

[٥] «ن» (معاوضة) .

[٦] «أ» (ثبتت) .

بخلاف بعض الكتابة ؛ لأنه قد صار كله عوضا قبل القبض ، وإذا أدَّىٰ غير العبد[١] لم يعتق ؛ لأن معنىٰ الكتابة ضمنت في اليمين[٢] ، واليمين ما تناولت[٣] أداء الغير ، فلا يكون مع أداء الغير كتابة ، وكذلك إن أدىٰ إلىٰ الوارث ؛ لأن الوارث لم يحلف فلا يمين في حقه ولا كتابة[٤] ، وبخلاف ما لو باعه ثم اشتراه ؛ لأنا وإن اعتبرناه بالكتابة ، فيعتبر بمكاتب بيع بيعا نفذ ثم اشتري لم يتصور العتق في الشراء الثاني بالكتابة الأولىٰ ، فصار تخلل الملك بينهما مانعا من اعتبار حكم الكتابة في حق العتق[٥] ، وإيجاب العتق بذلك اليمين علىٰ أنها انقلبت كتابة ، لأنها لو كانت كتابة[٦] صحيحة ، لم تعمل بعد ذلك بعد تخلل الملك الثالث ، فبقيت العبرة لليمين وحدها ، وكذلك إذا قال: إن أديت إلي ثوبا ؛ لأن الكتابة لا تصح بالثوب المطلق فلا[٧] تجبر علىٰ قبوله ، فكذلك ألفا أحج بها ؛ لأن العتق علق بالألف والحج بها ، ولا يتصور مثله في الكتابة ، ومثاله قوله لعبده[٨]: أنت حر علىٰ ألف تمليك بألف ، فيقتضي جوابا في المجلس ولا يملك الرجوع ؛ لأن فيه تعليق العتق بأداء الألف ، فصار بمعنى اليمين ؛ ولهذا قلنا: إنه يصير مأذونا له في التجارة ؛ لأنه قد ثبت لهذا المال حكم العوض عند الأداء ، فصار مطلوبا من قبل المولى ، ولا يمكنه إلا بكسب فتضمن إذنا ، كما إذا ضرب عليه ضريبة كل شهر ، والله أعلم.

---

[١] «ن» (المكاتب) ، «ص» (في مسألتنا).

[٢] «ص» (ثبتت بينهما).

[٣] «ن» (ما تناول).

[٤] «ص» (والكتابة تثبت في ضمن اليمين).

[٥] «ص» (ملك).

[٦] «ن» (كناية).

[٧] «ن» (ولا).

[٨] «ص» (ومثله قول الرجل لعبده).

فصل الشرط

شرط العتق على الخصوص قيام الرق في المحل المضاف إليه، كالمالية للبيع، والحل للنكاح، ألا ترى: أنه[١] لا يصح الإضافة إلى البهيمة المملوكة لعدم الرق، ولا خلاف فيه، والخلاف فيما إذا أضاف إلى اليد أو[٢] الرجل. والمسألة مرت في كتاب الطلاق.

[٧٨٦] **مسألةٌ**: إذا أعتق إحدى أمتيه، ثم وطئ إحداهما لم يكن[٣] مختارا لملكها عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى.

وقال أبو يوسف ومحمد[٤] يكون بيانا أن الحرة غيرها، وأنها مملوكة؛ وعللا في الكتاب: بأن الوطء تصرف لا يحل إلا بالملك، فيدل فعله على اختيار الملك، كبيع إحداهما، واستيلادها، وإجارتها، وكتابتها، والتدبير، والإعتاق، وهذا لمعنًى معقول؛ وهو أن فعل العاقل إذا احتمل جهة الفساد، وجهة الجواز حمل على الجواز ما أمكن؛ لأن عقله[٥] قائده إليه، ونحمله عليه في الأصل، وإنما يكون بخلافه بضدِّ الهوى عنه، وهذا كما قالوا: فيمن طلّق إحدى امرأتيه لا بعينها ثلاثا، ثم وطئ إحداهما كان بيانا أن الموطوءة مملوكته[٦]،

[١] «ص» (إضافة العتق).
[٢] زاد في «أ» (إلى).
[٣] «أ»، «ن»، «ص» (يصر).
[٤] «ن»، «ص» (وعندهما).
[٥] «ص» (عمله).
[٦] «ن» (مملوكة).

والأخرىٰ[١] مطلقة، وكذلك إذا اشترىٰ جاريتين علىٰ أنه بالخيار يأخذ أيتهما شاء بألف درهم ويرد الأخرىٰ، فوطئ إحداهما، كان بيانا أنها المشتراة، والأخرىٰ مردودة، وكذلك من اشترىٰ أمة مُكرَها، وقبض مُكرَها، ثم وطئها كان اختيارا وصح الشراء، وكذلك إذا اشترىٰ علىٰ أنه بالخيار، فوطئها كان اختيارا، ولو كان الخيار للبائع ووطئها كان ردا[٢] للبيع؛ لأن البيع متىٰ نفذ أوجبَ الملك من وقت العقد فيصير وطؤه في غير ملكه[٣].

ولا يلزم الاستخدام، قالا في الكتاب: لأن الإنسان يستخدم الحرة، يعني هذا مما يحل في غير ملك[٤]، ففعله لا يدل علىٰ اختيار الملك؛ لأن فعله يحل بدونه.

ألا ترىٰ أن البائع إذا باع بشرط الخيار ثم استخدمها، لم يكن ردا للبيع، وكذلك المشتري بشرط الخيار، إذا استخدمها لم يكن اختيارا، ولا يلزم الجناية عليها؛ لأنها لا تحل بالملك، فلا يكون الفعل دليلا علىٰ اختياره؛ لأنها لا تصير جائزة به[٥]، ولتحري الجواز بالملك يصير اختيار الملك بموجب عقله، وأصلا في[٦] فعله.

ولا يلزم إذا قطعت يدها[٧] فاستوفىٰ الأرش؛ لأنّه لا يكون اختيارا لأنه

[١] «ن» (وأخرىٰ).
[٢] «أ» (رقا).
[٣] «أ» (ملك).
[٤] «ن» (الملك).
[٥] «ص» (تصير حلالا).
[٦] «ن» (وإصلاح).
[٧] «ص» (يد أحدهما).

استوفىٰ الأرش لنفسه بعدما بان الطرف عنها، واستيفاء أرش مملوك للمولىٰ عن يد مقطوعة مما يحل من غير أن يكون الأصل مملوكا حال الاستيفاء، نحو: أن يقطع يد أمة ثم يعتق[١]، فإن المولىٰ يستوفي الأرش[٢] وهي حرة، وهذا بيان يثبت ضرورة لا نصا، فيتقدر بقدرها، فإذا كان الفعل[٣] لا يحل إلا بالملك حال الفعل كان بيانا، كالوطء إذا[٤] كان يحل بدون الملك حال الفعل[٥] لم يكن فيه ضرورة، فلم يصر[٦] بيانا علىٰ أن الأمتين في حق ما تبيَّن عنهما قبل البيان مملوكتان.

ألا ترىٰ أن يديهما لو قطعتا كان أرش اليدين مملوكا[٧] للمولىٰ كأنهما أمتان، وإذا لم يظهر حكم العتق في هذا الباب، لم نحتج إلىٰ البيان، كما لو علق عتاقهما بشرط[٨]، فأما في حق الوطء فقد اعتبر العتق[٩] نازلا بدلالة أنه لا يحل له وطؤهما، ولا يفتىٰ له بذلك، كما أفتينا بحل استيفاء أرش يديهما جميعا، وكذلك إذا وطئتا بشبهة حتىٰ وجب العُقران كان[١٠] للمولىٰ أن يستوفيهما جميعا، فثبت أن حكم العتق غير ظاهر نازلا، فيما تبين وإنما يظهر في حق

---

[١] «ص» (يعتقها).
[٢] «ص» (أرشها).
[٣] «ن» (العقل).
[٤] في «أ» (وإذا).
[٥] «ن» (العقل).
[٦] «ص» (يكن).
[٧] «ص» (كله).
[٨] «ص» (عتقهما بالشرط).
[٩] «ن» (المعتق).
[١٠] «ن» (وكان).

الرقاب، ويجوز أن يفارق الباقي[١] المتصل. ألا ترى أن المكاتب رقبته لمولاه[٢] ملكا[٣]، وما يبين منها من طرف أو يجب من غير عقر[٤] كان للمكاتبة[٥] كأنها حرة، فيكون لها لا للمولى، فهذه طريقة واضحة مستقيمة.

ولا يقال: إن الوطء استعمال طَرف؛ لأن الاستحلال من حيث التمتع يقال[٦] بالبدن كله، لا يحتمل التجزيء في البعض دون البعض، حتى إذا مس بشهوة[٧] أيَّ موضع مسّ كان بيانا. ألا ترى أن عقد النكاح لا يقبل[٨] التجزِّي والبيان من حيث الاستحلال، لا من حيث استعمال الفرج، فإنه لو استعمل الفرج بخشبة لا يكون[٩] بيانا.

ولأبي حنيفة: أن العتق غير نازل في حق العين منهما، والوطء يلاقي العين، فلا يصير بيانا، كما لو كان العتق معلقا بشرط، نحو أن يقول: إن دخلت الدار فإحداكما حرة، ثم وطئ إحداهما لا يكون بيانا؛ ولأنها بقيت عينا على الملك، فلا يحتاج إلى بيان الملك، ولا ينبغي أن يسقط الإحصان لقيام الملك، كما لو وطئ امرأته المعتدة من الغير، وهذا كما لو استوفى الأرش أو العُقر[١٠]

[١] «أ» (البائن).
[٢] «ن» (للمولى).
[٣] «ص» (حكما).
[٤] «ص» (عقد).
[٥] «ن» (الملك).
[٦] «ص» (يقع).
[٧] «ن» (لشهوة).
[٨] «ن»، «ص» (يحتمل).
[٩] «ن»، «ص (لم يكن).
[١٠] «ص» (والعقد).

لم يكن بيانا ؛ لأن العتق[١] غير نازل في حق الطرف ، وفي حق ما يبين منهما على ما قالاه[٢] ، وإنما قلنا العتق غير نازل في حق العين ؛ لأن صاحبه ما أوقع إلا في نكِرَة ، والنكرة ضد المعرفة لغة ، فلا يمكننا إيجاده في غير ما أوجده[٣] المولى ، كما إذا أوجد[٤] في سالم لم يوجد في بزيع[٥] .

ألا ترى: أن أحدهما[٦] إذا مات[٧] فأراد المولى بيان العتق في الميت لم يصح ، وتعين الحي للعتاق ، وكذلك لو كان طلاقا وجبت العدة من حين[٨] البيان ؛ لأن العين إنما تصير مطلقة للحال ، والعدة لا يمكن انقضاؤها[٩] إلا على العين[١٠] ، فلم يكن طلاق المجهولة سببا لها ، وكان بمنزلة المعلق بشرط ، في كل حكم لا يتأدى إلا بالعين ، وفيما يصح مع الجهالة ، اعتبر بالنازل كسقوط نصف المهر ، وكذلك لو قتل رجلان هاتين الأمتين ، كل رجل أمة[١١] على حدة معا لزمهما قيمتاهما ، ولو قتلهما رجل واحد معا لزمته دية حرة ، وقيمة أمة ؛ لأن الحرة إحداهما مجهولة ، ولما قتلهما رجل واحد فقد قتل إحداهما التي تناولها

[١] «ن» (الرق).

[٢] في حاشية «س» (والوطء في حكم استيفاء جزء منها عندنا وإذا لم يزل العتق في حق العين ولا الطرف كان الملك باقيا كما قيل العتاق فلا يحتاج إلى البيان لمصادقة الوطء ملكه).

[٣] «ص» (اتخاذه في غير ما أوقعه).

[٤] «ص» (أوقع العتق).

[٥] «ص» (ربيع).

[٦] «ن» (أحديهما).

[٧] «ن» (ماتت).

[٨] «ص» (وقت).

[٩] «ن» (القضاء بها) ، «ص» (ايجابها على عين).

[١٠] «ن» (عين).

[١١] «س» (أمتين).

العتق لا محالة، فلزمته الدية، وإذا كان القاتل رجلين فكل واحد منهما إنما قتل عينا منهما، ولا عتق في حق العين، فوجبت القيمة، كما لو كان العتق معلقا بشرط، وإذا كان كذلك صار الوطء، واستيفاء العُقر، والأرش سواء؛ ولأن الوطء في حكم استيفاء جزء منها، أو في حكم استيفاء منفعة، على حسب اختلافهم فيه، وكل ذلك لا يكون بيانا، كما لو قطع يدها واستخدمها؛ لأن العتق غير نازل في حق العين، ولا في حق أجزاء العين.

ولا يلزم على هذا إذا باع إحداهما، أو كاتب، أو آجر، أو رهن، ونحوها؛ لأن البيان لم يقع بنفس التصرف؛ لأنه لاقى العين منهما، ولا عتاق في حق العين، ولكن حكم هذه التصرفات يوجب منافاة حكم العتق عن محله ضرورة، فإن من حكم البيع ملك اليمين[١]، والتمليك مع العتاق لا يجتمعان.

ألا ترى لو بيَّن فيما باع لم يصح، وكذلك الإجارة توجب تسليم الرقبة، وأنها بيع منفعة، والبيع بولاية الملك مع العتاق لا يجتمعان بحال، والرهن كذلك تسليم للحال وبيع في الثاني، فيصير منافيا للعتق عن الداخل تحت العقد بحكم العقد، والكتابة توجب إعتاقا عند الأداء، وفكا للحال ببدل، ومع العتاق لا يجتمعان، فأما الوطء حلالا بولاية الملك مع العتاق فيجتمعان.

❁ **فإن قيل:** بولاية ملك اليمين لا يجتمعان.

❁ **قلنا:** بملك اليمين لا يحل الوطء، كما لا يطأ أخته من الرضاعة، وإن كانت مملوكة بملك اليمين وإنما يحل بملك المتعة، سواء نكحها أو اشتراها، وإنه يبقى مع العتق، فتبقى العبرة لعينه، وقد أقمنا الدلالة أن

---

[١] «س»، «أ»، «ن» (التمليك)، والمثبت من «ص».

عين[١] هذه التصرفات كلها لا تحتاج إلىٰ البيان ؛ ليقع عن ملكٍ ؛ لأن العتاق غير نازل في حق العين منهما ، بل هو في حكم المعلق ؛ فلهذا لا يصح إضافة التصرف إلىٰ المجهول ، إلا إذا كان التصرف[٢] بحيث يحتمل التعليق بشرط ؛ لأنه في حق العين بمنزلة ما لو كان معلقا ، والآن نزل .

ولا يلزم إذا طلق إحدىٰ امرأتيه ثلاثا ثم وطئ إحداهما ؛ لأن البيان يثبت بحكم الوطء لا عينه ؛ لأن الطلاق الثلاث محرِّم وبيِّن التحريم ، والوطء الحلال تضادٌّ شرعا ووضعا ، فالحرمة ضد الحل ، وقد سلمنا أن فعله محكوم بحله[٣] ما أمكن ، فاقتضىٰ ضرورة منافاة التحريم ، كما لو باع إحداهما في مسألتنا ، فإن بين التمليك وبين الحرية[٤] تضادا ، دل عليه أن العتاق لإزالة ملك اليمين ، والرق علىٰ ما بينا لا لإزالة ملك الوطء وضعا ، فإن إعتاق العبد صحيح ولا وطء ، وإعتاق المنكوحة[٥] باطل إذا لم يرد به طلاقا ، فالمنافاة إنما تقع بين العتاق وقيام الرق[٦] ، أو ملك اليمين ، لا مع الوطء من حيث الوضع ، فلا يصير الوطء بعينه ولا بحكمه منافيا للعتاق ضرورة ، ألا ترىٰ: أنه في الجملة يجتمعان ، فإن الحرة يحل وطؤها بلا ملك يمين ولا رق .

دل عليه: أن المستوفي بالوطء غير ما أزيل بالعتق ، فلا يقع بينهما تناف ، وهما شيئان في محلين مختلفين ، ولا يقع بحكم الوطء ؛ لأنه ليس للوطء في

[١] «ص» (غير).
[٢] «ص» (تصرفا).
[٣] «ن» (بحلها).
[٤] «ص» (الحرمة).
[٥] «ن» (المملوكة).
[٦] «ن» (حال قيام الرق).

ملك نفسه حكم باق ينافي العتق، بخلاف الإجارة، وهي عقد على المنفعة؛ لأن لها حكما[١] في الرقبة وهي يد مستحقة بالملك، ينافي كونها حرة.

❁ **فإن قيل:** في مسألتنا هذه لا تحل إلا بملك متعة، ثبت بملك اليمين وهو الشبهة.

❁ **قلنا:** ما ثبت ضرورة لا يعتبر الحال فيه، وإنما يعتبر الجملة، فإن كانا لا يجتمعان بحال، كانت[٢] المنافاة من ضرورة ثبوت أحدهما، وإذا[٣] كانا يجتمعان[٤] بحال لم يكن من ضرورتهما، وإن كانت الحال توجب المنافاة.

ألا ترى أن من اشترى لحما فأخبره واحد أنه ذبيحة مجوسي حرم عليه ولم يفسد البيع، ولو تزوج[٥] امرأة فأخبرته امرأة عدل أنها أرضعتها لم تحرم عليه؛ لأن حل الوطء لا يخلو عن الملك حقا للواطئ، فتدل[٦] الحرمة على بطلان الملك ضرورة، والملك لا يبطل بقول الواحد، وحل الأكل يثبت[٧] بالإباحة في الجملة[٨]، فلم يقتض ثبوت الحرمة في مسألة الشراء إبطال[٩] الملك، وإن كانت الإباحة تثبت[١٠] بالملك فيما نحن فيه، فثبتت الحرمة ولم يبطل الملك؛

---

[١] «أ» (حكمان).

[٢] «ن» (كان).

[٣] «ن»، «ص» (وإذا).

[٤] «ن» (لا يجتمعان).

[٥] «أ» (تزوجت).

[٦] «ص» (فدلت).

[٧] «أ» (ثبت)، «ص» (قد ثبت).

[٨] «ص» زيادة: (من غير ملك كمن أباح لغيره أكل طعامه).

[٩] «ص» (بطلان).

[١٠] «أ» (ثبتت)، «ص» (ثابتة).

لأنه يتصوَّر ذلك[١] في الجملة، نحو أن يكون أكلا بإباحة، فإنها تحرم بنهي المالك من غير بطلان ملك لأحد، فكذلك في مسألتنا هذه لما لم يكن بين الوطء والعتاق تضاد شرعا ووضعا، لم يقتض منافاة العتق عن الموطوءة بحكمه ضرورة، وإن كانت في مسألتنا هذه ما استحل إلا بملك اليمين، فأما المنافاة بين التحريم والحل فثابتة وضعا، ليس أن تكون المنافاة ضمنا واقتضاء، فينافى أحدهما صاحبه كيف ما وجد، ولا تعتبر الضرورة بشرط[٢] المنافاة، فلا تنعدم المنافاة؛ لجواز أن توطأ المطلقة البائنة[٣] بملك اليمين.

ألا ترى أن الوطء[٤] في الحكم استيفاء للمملوك بالنكاح فينافى الاستيفاء بحكم الملك ما ضادَّه فيه، كما لو باع إحداهما ههنا، فهذه شُبهة المسألة وسِرُّها، فإن الظاهر ما قالاه، والحقيقة الخفية ما قاله أبو حنيفة. ولا يلزم إذا اشترى أمة بشرط الخيار، أو باع على أنه بالخيار، فوطئ يصير ردا للبيع، وإن كان الملك قائما ولا يحتاج إلى الملك؛ لأن سبب الملك موقوف[٥] على أنه إن أجازه وجب للمشتري من حين العقد، وإن[٦] رد عاد إلى البائع من الأصل، فلو لم يجعل اختيارا ربما يعود إلى أن يصير[٧] وطئا بغير ملك، فأما في مسألتنا هذه لما جعل العتق في حكم المعلق بشرط[٨]،

---

[١] «ن» (كذلك).
[٢] «أ» (لشرط).
[٣] «أ» (الثانية)، «ص» (الثابتة).
[٤] «أ» (إلا أن الوطء).
[٥] «ن» (موصوف).
[٦] «ص» (ولو).
[٧] «ن» (إلى البائع فيصير).
[٨] «ص» (بالشرط).

في حق العين أو البعض تستوفىٰ منها علىٰ ما قررنا ، والمعلق بالشرط لا يستند حكمه إلىٰ ما قبله ، فهو وإن عيَّن العتق في الأخرىٰ ، لا تصير الموطوءة موطوءة بغير ملك ، كما لو كان معلقا فلم يحتج إلىٰ البيان ؛ ليبقىٰ في الملك ولا ليحل ، فأصل الملك ثابت بعدم العتاق في حق العين منهما ، وحقّ البعض منهما يستوفىٰ ، فهذه[١] مسألة مُشكِلة ، فقد جعلنا ملكا ثابتا في مسألة البيع بشرط الخيار كأنه لا ملك ، فجعلناه اختيارا ليصير وطؤه في ملك ، وههنا جعلنا عتقا واقعا[٢] كأنه غير واقع ، وجعلنا الملك ثابتا عينا ، فلم نجعل وطؤه اختيارا للملك ، لغنيته عن ذلك بثبوت الملك عينا[٣] ، بانعدام سبب المزيل حكما في حقه ، وإن ثبت جملة ، ومثل هذا يتبيَّن غور[٤] الرجُل في الفقه ، وعند ذلك تزل أقدام المجتهدين إلىٰ ظاهر القياس ، ويجب الوقف فرارا عن الخطأ ، ويجب الشكر للذي أبصر[٥] ما كلَّت عنه أبصار القلوب ، وأما إذا اشترىٰ أمتين علىٰ أنه بالخيار ، يأخذ أيتهما شاء بألف ويرد الأخرىٰ ، فما ملكَ إلا مجهولة ، ولا ملك في حق العين ، والوطء يلاقي العين ، فدل الوطء علىٰ ملك العين ليصير عن ملك .

❁ فإن قيل : ألسنا نقول في مسألتنا هذه لا يحل له وطؤهما[٦] ؟

❁ قلنا : ولا نقول حرمت عليك هذه بعينها ، ولا عتقت هذه بعينها ،

---

[١] «ن» (وهذه) .

[٢] «ن» (العتق الواقع) .

[٣] «ص» (في العين) .

[٤] «ن» (عراب) .

[٥] «ص» (أصاب) .

[٦] في «أ» (وطؤها) .

والكلام في هذا وهذا كما نقول: إحداهما حرة وليستا بأمتين، ثم لو قتل[١] كل واحدة منهما رجل معاً، وجبت[٢] على كل واحد قيمة الأمة[٣]؛ لأن كل واحد منهما قتل واحدة بعينها، ولا نقول هي حرة بعينها، فبقينا على حكم ما قبل العتاق.

وهذه من المسائل التي خفي طريقها، فقد ظنوا أن الوطءَ كالاستخدام[٤] وقاسوا عليه، وكنا عليه[٥] بُرهَةً.

ولا كذلك؛ لما قاله أبو يوسف ومحمد: فإن الاستخدام حلال من حيث عينه من الحرة رضيت أم سخطت، وإنما لا يحل مع الكره، كما لا يحل أكل مال الغير مع كرهه، مع كون المال حلالا شرعا في نفسه بلا ملك، ولكن بشرط[٦] رضا صاحبه؛ نظرا لحقه، لا لحرمة المال في نفسه شرعا كالميتة. وإنما تحرى أبو يوسف ومحمد الملك هاهنا ليحل الوطء[٧] في نفسه، فإنه لا يحل شرعا إلا عن ملك، لا نظرا للموطوءة، فإنها كانت راضية.

ومنهم من اعتبر الوطء بالجناية، ولعَمري إن الوطء[٨] كالجناية، في أنه في حكم استيفاء جزء من العين على ما بينا في النكاح، وإن لم يكن حسا، ولكن

---

[١] «أ» (قبل)، «ن» (قيل).

[٢] «ص» (وجب).

[٣] «أ» (الأبد).

[٤] «ص» (أن الاستخدام أصل).

[٥] «ص» (على ذلك).

[٦] «ص» (الملك).

[٧] «ص» (وليس يشترط).

[٨] «ص» (ولعمري إنه).

من حيث إنه يحل بالملك يفارق الجناية[١] ، ويشبه سائر التصرفات التي تحل بالملك ، وهما: تحريا الملك لوطئه ليحل ، فإذا كان لا يحل[٢] به لم يجب التحري .

فثبت أنه لا طريق إلا ما قلناه ، وهو أن العتق في حق جزء منها ، وفي حق العين كالمعلق بالشرط ، فلا يكون الوطء بيانا ما بقيت الجهالة ، كما في المعلق ما بقي التعليق ؛ لأنه متىٰ صار كذلك صار[٣] مستغنيا عن البيان ، والله أعلم .

ومنهم من سلك: أن هذا العتاق بمنزلة الثابت في الذمة . وهذا تشهٍّ[٤] فإن الرجُل ما أضاف إلىٰ الذمة شيئا ، وإنما أضاف إلىٰ المملوك ، ومحل الحكم يُعرف بالإضافة حقيقة ، وإنما يحل ما لم يضف إليه إذا صار عبارة عنه شرعا أو عُرفا ليكون عملا بمجازه ، فأما تشهِّيا فلا ، بل هو نازل في مجهول ، كما أوجب غير نازل في عين ؛ لأنه لم يوجبه فبقي في حق العين متعلقا[٥] بالتعيين ، فيصير في حكم المعلق بالشرط في حق الانتقال عن المجهول إلىٰ العين ، وأحكامهم بناء علىٰ هذا العتق[٦] دلت عليه علىٰ ما بينا من المسائل .

وأما قولهم: الوطء لا يحل إلا بملك ، فيدل علىٰ الملك ، فمسلم لهم ؛ لأن الاستيفاء حرام كما في الحائض ، فأما الملك الأصلي الذي به يحل ، فباق في

---

[١] «ص» زيادة (فإن الجناية لا تحل بالملك) .

[٢] «ن» (فإذا لم يحل) .

[٣] «ص» (كان) .

[٤] «ص» (بعيد) .

[٥] «ص» (معلقا) .

[٦] «س» ، «أ» (العين) ، والمثبت من «ن» ، «ص» .

كل واحدة منهما بعينها، وفيما يكون استيفاء جزء[١] منها أو منفعة، كما في قطع الطرف واستيفاء الأرش، والاستخدام كرها، والله أعلم.

[٧٨٧] مسألةٌ: رجل له ثلاثة أعبد، دخل عليه اثنان منهم فقال: أحدكما[٢] حر، ثم خرج أحدهما ودخل الثالث[٣]، فقال: أحدكما[٤] حر، ثم مات من غير بيان، عتق نصف الأول ونصف الثالث، وثلاثة أرباع الأوسط، عند أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَى.

وقال محمد رحمه الله: ربع الثالث؛ لأن العتاق الثاني بقدر ما صح، صح دائرا بينه وبين الأوسط، وإنما أصاب[٥] الأوسط منه ربعه، فكذلك[٦] الثالث في[٧] هذا؛ لأن العتاق الثاني إنما صح منه نصفه؛ لأنه إن كان العتاق الأول واقعا على الثابت[٨] منهما فالإيجاب الثاني فاسد؛ لأنه جمع بين عبد وحر، فقال: أحدكما حر، وإن كان العتاق الأول واقعا على الخارج فالإيجاب الثاني صحيح؛ لأنهما عبدان، فلما صح من وجهٍ، وفسد من وجهٍ صح نصفه دائرا بينهما، فأصاب كل واحد منهما الربع، هذا وجه ظاهر، قال محمد رحمه الله في الزيادات: لو أن رجلا له ثلاث نسوة لم يدخل بهن، فدخلت ثنتان، فقال: إحداكما طالق[٩]، ثم خرجت

[١] «ص» (حق).
[٢] «ص» (أحدهما).
[٣] «ن» (ثالث).
[٤] «ص» (أحدهما).
[٥] «ص» (أضاف).
[٦] «ن»، «ص» (وكذلك).
[٧] في «أ» (و).
[٨] «ن» (الخارج)، «ص» (الثالث).
[٩] «أ» (طالق طالق).

إحداهما، ودخلت الثالثة[١] فقال: إحداكما طالق، ثم مات قبل البيان، سقط ربع مهر الخارجة، وثلاثة أثمان الثابتة[٢]، وثمن الداخلة؛ لأن ما يسقط بالطلاق[٣] دائر بينهما وبين الثابتة[٤] وأصاب الثابتة[٥] منه حرمان ثمن مهر، فكذلك الداخلة، قال: وهذا ترك من أبي حنيفة[٦] لقوله.

ولهما: ما ذكرنا أن العتاق في حق العين غير نازل، والثابت عين في العبدين الأولين ضُم إلى الداخل، ولما لم يكن المضموم إلى الداخل عبدا مجهولا من الأوَّلين، بل عبد عين، والعتاق الأول في حق العين غير نازل، صار في حق الداخل كأنه ضم إليه عبد عُلِّق عتقه بشرط، فقال المولى: أحدكما حر فيصح الإيجاب كله، ويصيب الداخل منه نصفه.

وأما[٧] الثابت في حق نفسه أحد العبدين اللذين تناوله العتق مجهولا؛ لأن خروج الآخر في حق العتق الذي تناول[٨] أحدهما، وعدم الخروج بمنزلة، وهو قبل الخروج كان يتناوله اسم أحدهما، فكذلك الآن، ولما لم يتبدَّل الاسم في حقه صح الإيجاب الثاني في حقه، إن لم يتناوله الإيجاب الأول، وفسد إن تناوله فلم يصح إلا النصف في حقه دائرا بينه وبين الثالث[٩] فأصابه الربع. ألا ترى أن

---

[١] «ن» (الثانية).

[٢] «أ» (البائنة)، «ن» (الثالثة)، «ص» (الثانية).

[٣] «أ» زيادة: (الثاني).

[٤] «أ»، «ن» (الثانية).

[٥] «أ» (فأصاب الثانية)، «ن»، «ص» (الثانية).

[٦] «ص» (وهذا من أبي حنيفة).

[٧] «ن» (فأما).

[٨] «أ» (تناوله).

[٩] «ص» (الداخل الثالث).

الثابت نصيبه نصف العتاق من الأول ، فكيف يجعل كأنه لم يصبه شيء من العتاق الأول ؟

وأما مسألة الزيادات ، فمحمد ﷺ كثيرا ما يحتج لنفسه بتفريعاته .

ثم الجواب: إن سُلم أنا لا يمكننا أن نجعل سقوط ما يسقط من المهر في حكم المتعلق بالتعيين ؛ لأن المهر لا يصح[١] تعليق إسقاطه بالشرط مقصودا ولا في ضمن الطلاق ؛ لأن الطلاق لا يُتصوَّر مُسْقِطا لرُبع المهر بحال ، فإنه مما لا يحتمل التوزيع ، وإذا لم يُمكِن اعتباره بالمعلق بانقطاع البيان[٢] ، وشيوع[٣] الحرمان فيهما ، بقي معتبرا بالمنجز ، وصار التعيين في الثاني في حق المهر بيانا حكما لا إنشاء[٤] لإسقاط المهر حكما ، وإذا صارت المضمومة إلى الداخلة من أجل[٥] سُقوط مهرها ، على ما تبين في الثاني لا محالة ، وسقوط المهر دليل على الطلاق ، فلم تصر المضمومة في حكم[٦] المعلق طلاقها بالشرط ، وإن كانت عينا ، بل صارت في حكم المجهولة ، فأما العتاق نصفه أو كلّه[٧] فمما يمكن تعليقه بالشرط ، فيمكن أن يجعل في حق العين متعلقا بالتعيين ، وفي حكم الإشاعة معلقا بانقطاع البيان ، فلم يدل إصابة الثابت[٨] نصف العتاق من الأول ، متعلقا بانقطاع

---

[١] «ن» (لايصلح).

[٢] «أ» (اليمين).

[٣] «ن» (في حق شيوع) ، «ص» (فشيوع).

[٤] «ص» (إشاعة).

[٥] «س» ، «أ» ، «ن» (احتمل) والمثبت من «ص».

[٦] «س» ، «أ» (حق).

[٧] «ص» (كله أو بعضه).

[٨] «ن» (الباقي).

البيان بالموت على ثبوته عند الإعتاق الثاني في حال حياته، والله أعلم.

[٧٨٨] **مسألةٌ**: وذكر في زيادات[١] **الزيادات**: لو أن رجلا قال في صحته: امرأته طالق، أو عبده حر، فمات ولم يبيّن، بطل الطلاق عند أبي حنيفة، وعتق العبد نصفه.

وقال محمد: الطلاق والعتاق سواء[٢]؛ لأن كل واحد منهما ثابت في حال، ولا يثبت في حال، فلا يبطل أحدهما بالتحكّم دون الآخر. وشنّع على أبي حنيفة رحمه الله، وذكر[٣] أنه لو جاز هذا، لجاز لآخر أن يقول: أنا أُبطل العتاق دون الطلاق.

ولأبي حنيفة: ما ذكرنا أن مثل هذا الإيقاع[٤] في حق العين غير واقع، والمرأة عين في حق الطلاق وأحكامه، فبقي عدما في حقها، فأما العتق على هذا الوجه فمما يشيع بعد الموت وترتفع الجهالة بالتوزيع، فإن من أعتق أحد عبديه ومات قبل البيان، عتق من كل واحد نصفه، فلما كان الواحد المجهول من العبد عند الموت يتعين للنصف، لم ينعدم في حقه، فأمّا الطلاق في إحداهما إذا مات قبل البيان فلا يشيع، ولا تصير كل واحدة نصفها مطلقة، ولا يتصور ذلك، ولكن الطلاق اعتبر واقعا مع الجهالة، فأثبت من الأحكام ما أمكن إثباتها مع الجهالة، ووُزِّع عليهما، وفي مسألتنا لا يمكن اعتبار الطلاق مجهولا، فسقط اعتباره، والله أعلم.

---

[١] «أ»، «ن» (كتاب).

[٢] «ص» (وقال محمد: يصح العتاق والطلاق).

[٣] «ص» (وقال).

[٤] «ص» (الانقطاع).

[٧٨٩] **مسألةٌ**: إذا أعتق المولىٰ عبده الحربي في دار الحرب، ثم أسلم والعبد في يده كان عبدا له. هكذا ذكر في الأصل، ولم يذكر اختلافا في العتاق.

وقال أبو يوسف رحمه الله في موضع آخر: يعتق؛ لأن أبا بكر الصديق رضي الله عنه أعتق عبيدا له قبل الهجرة، وإنما كان في دار الحرب بمكة؛ ولأن المولىٰ أهل للإعتاق[١]؛ لأنه مخاطب والمحل قابل؛ لأنه مرقوق.

ووجه رواية العتاق[٢]: أن محل العتاق الرق، فإن ملكا لا يوصف بالرق لا يحله العتق، وعلىٰ ما يذكر[٣] بعد هذا في تحقيق العتق نفسه، والرق نفسه، ورق الحربي لا يمكن إزالته؛ لأن الله تعالىٰ حكم عليهم بالرق عقوبة لهم علىٰ كفرهم، حتىٰ كانوا بمحل التملك بالقهر، وهذا هو تفسير الرق علىٰ ما نذكره بعد هذه المسألة، وإذا لم يتصور رفعه وأسلم الحربي في يده، كان ملكا له بيده القائمة عليه وهو رقيق، كما لو أسلم وفي يده حربي آخر.

أو نقول[٤]: لا يصح؛ لأنه عارضه بما[٥] يمنعه وهو اليد القائمة التي كانت يد ملك واستيلاء قبل الإعتاق، والحربي بمثل هذه اليد يصير مملوكا، وإذا كانت قائمة عند الإعتاق منعه أن يعمل عمله؛ لأن ما رفع منع من طريق الأولىٰ. وإليه ذهب عامّة المشايخ.

وعلّل في الأصل: لأن أحكامنا لا تجري عليهم، يعني: أن لا يتملك العتق

[١] «أ» (من أهل العتاق).
[٢] «ص» (الأصل).
[٣] في «أ» (نذكر).
[٤] في «أ» (ونقول).
[٥] «أ»، «ن» (ما).

من أحكام دارنا، ثبت بشرعنا[١] نحن وهم لا يدينون بذلك، بل يدينون بالتملك باليد، وأحكامنا لا تلزمهم إلا بقدر ديانتهم بها، فأما ما لم يدينوا بها ففي حقهم كأنها لم تنزل بعد[٢]؛ لانقطاع[٣] ولاية الالزام[٤].

ألا ترىٰ أن الحربي إذا[٥] تزوج أختين معا، أو عشر نسوة، أو متفرقة ثم فارق الأخت الأولىٰ وستا من النساء الأوليات، ثم أسلم بقي علىٰ الباقيات، ولم يجعل النكاح أصله فاسدا علىٰ ما في ديننا؛ لأنه لا يدين به، ولو أسلم قبل المفارقة خيّر عندهم، وله أن يختار الأخريات[٦]؛ ولأن أكثر ما في الباب أن يلتحق بحد الأصل، وأنه[٧] يملك بالقهر، وأما حديث أبي بكر الصديق رضي الله عنه فعبيده كانوا مسلمين، فقد رُويَ عنه أنه أعتق عبيدا يعذبون في الله منهم بلال رضي الله عنه، أو كان هذا قبل أن حَكم الله تعالىٰ بالاستغنام وبالرق عليهم، والله أعلم.

وذكر في باب الكتابة المسلم أو الحربي، إذا كاتب عبيده[٨] الحربي فأسلموا علىٰ ذلك، كانت الكتابة صحيحة، وكذلك التدبير، فعلىٰ هذا يصح الإعتاق إذا لم يتعرض له، والمسألة في الكتاب[٩] أنه أسلم والعبد في يده،

---

[١] «ن» (شرعنا).
[٢] «ص» (من السماء).
[٣] «أ» (الانقطاع).
[٤] «ن» (الالتزام).
[٥] «ص» (لو).
[٦] «ص» (وذلك).
[٧] «ن» (الآخرات)، «ص» (الأخوات).
[٨] «ص»، «أ» (عبده).
[٩] «أ» (الكتابة).

فيكون عدم النفاذ بيد القهر، لا بعدم[1] التصور، فإن أهل الحرب عُرضة للتملك[2]، وإن أسلموا كانوا أحرارا، والله أعلم.

[1] «ص» (لعدم).
[2] «ن» (للملك).

فَصْلٌ
العتق في نفسه

العتق: اسم لضرب قوّة لُغةً، يقال: عتق الفرخ إذا قوي وطار عن وكْرِه، وامتنع بجناحيه عن يد الصائد، وعتاق الطير هي الجوارح؛ لاختصاصها بضرب قوة، وإذا وصف الآدمي به أريد به ضرب قوة حُكمية، يمتنع بها عن يد المستولي حكما، فلا يملكه وإن قهره، وضد العتق الرق، وهو عبارة عن: ضرب ضعفٍ لغةً، يقال: رَقَّ الثوب إذا ضُعف من طول ما لُبِس، وثوبٌ رقيقٌ إذا لم يكن صفيقا[١] ثخينا، ورقَّ قلبي إذا لان، وقسا قلبي عليه إذا تصلَّب واشتدَّ، وإذا وُصف الآدمي به أريد به ضرب ضعف حكمي، يعمل عليه يد الاستيلاء، فيملكه إذا استولىٰ عليه، كما يملك الصيدَ[٢] وسائر المباحات.

❁ **فإن قيل:** فعلىٰ هذا أهل الحرب يكونون أرقاء، وليس[٣] كذلك فإنهم[٤] أحرار ولهم أملاك صحيحة.

❁ **قلنا:** نعم، أهل الحرب أرقاء وعُرضة للتملك[٥] بالقهر، وكان هذا الوصف ثابتا لهم عقوبة من الله، كما أبيحت الدماء عقوبة، وإنما أثبتنا لهم الأملاك بناء علىٰ ديانتهم فيما بينهم بالحرية والملك، فالحكم بينهم ليس مما

---

[١] «أ» (ضعيفا).

[٢] «أ» (العبيد).

[٣] «ص» (وليسوا).

[٤] «ص» (بل).

[٥] «ص» (للتمليك).

ثبت بشريعتنا ، بل بما يدينون به ؛ لانقطاع ولايتنا عنهم[١] ، على ما بينا في المسألة التي قبل هذا الفصل ، بل شريعتنا في الحكم كأنها لم تنزل بعد في حقهم ، إلا بقدر ديانتهم بها ، فأما في حقنا إذا قهرناهم وصارت لنا ولاية عليهم ، وثبت عليهم حكم شريعتنا ، فكأنهم[٢] صيود ما لهم أملاك ولا حق ، إلا فيما لا يعمل الرق فيه ، فالعقوبة كانت بالرق نفسه ؛ ولهذا جعل التملك بالقهر بمنزلة القتل ، وكان استيفاء للعقوبة[٣] ، فقد[٤] استوفى حكم تلك الإباحة وأخذت منه نفسه حكما ، حيث صار ملكا لغيره ، فالرق يُنبئ عن إقامة[٥] التملك ، والتملك استيفاء ، والإباحة المطلقة تُنبئ عن إباحة القتل ، والقتل استيفاء .

❁ فإن قيل : من أهل الحرب من لا يُملك بالقهر .

❁ قلنا : كما أن من الصيود ما لا يملك بالأخذ[٦] ، مع قيام الإباحة ؛ لخبثه كالخنزير ، فكذلك الكافر الخبيث لا يصلح ملكا لنا ننتفع به ، فكانت عقوبته[٧] القتل الحقيقي ، ولم يرتفع بالأدنى ، فالرق موت حكما ، والعتق حياة حكما ، والله أعلم .

---

[١] «ص» (عليهم) .

[٢] «أ» (وكأنهم) .

[٣] «ن» (وفوته) .

[٤] «ص» (لأنه قد) .

[٥] «ص» ، «أ» (إباحة) .

[٦] «ن» (بالإباحة) .

[٧] «ص» (عقوبة) .

|٧٩٠| **مسألةٌ**: إذا شهد شاهدان بعتق العبد، والعبد يُنكِر، لم يصح عند أبي حنيفة ﵀.

وقال صاحباه[١]: يصح؛ لأنه عتاق فلا تشترط الخصومة لثبوته، قياسا على عتاق الأمة؛ ولما ذكرنا أنه عبارةٌ عن حكم شرعي، وهو أنه يصير به بحيث لا يتملَّك بالاستيلاء، كالتحريم في النساء عبارة عن صيرورتها، بحيث لا يملك نكاحا في حق من ثبتت الحرمة في حقه، أو حرمة الميتة بأن[٢] يصير محرَّما، لا يقبل أسباب الملك حق الله تعالى وشريعته لا حق لأحد فيه، فلا يشترط لإثباتها[٣] خصومة العباد، وإنما يشترط خصومتهم فيما يثبت لهم، وهو ملك العين[٤] بناء على العتق.

❊ **فإن قيل**: لو كان كذلك لثبتَ بقول الواحد كحرمة الذبيحة، إذا[٥] قيل: إنه ذبيحة مجوسي، حرم بقول الواحد.

❊ **قلنا**: إنما شرطنا الشهادة لما يبطل على المالك الذي ملكه حقه، ولا يبطل في باب الذبيحة على ما عرف في موضعه، كما يشترط في الفطر شهادة رجلين؛ لما فيه من حق الناس، ولا يشترط المدعي؛ لأن عينه حق الله؛ ولأن الإعتاق إسقاط محض؛ لأن الملك يزول به لا إلى أحد؛ ولأن المولى ينفذ تصرفه بقدر مِلكِه، وهو تملك ماليته، فيملك إسقاطها، ولا يملك حرية ليوجبها

---

[١] «ن» (وقالا)، «ص» (وعندهما).

[٢] «س»، «أ» (فبأن).

[٣] «أ» (في إثباتها).

[٤] «ن» (الغير).

[٥] «أ» (وإذا).

مقصودة، بل هي تثبت حكما لسقوط المالية.

ألا ترىٰ أنه يصح التعليق[١] بالشرط، وكذلك الإضافة إلىٰ أحد العبيد صحيحةٌ كالطلاق، ولو تضمَّن ضرب تمليكٍ لما صح، كالإبراء عن الدين، أو العفو عن القصاص، فإن القصاص والمال مما يملك ويورث في الجملة، فلم يكن إسقاطه ممّن عليه إسقاطا محضا بل كان فيه معنىٰ التمليك لمن عليه[٢]، فأمّا[٣] الرق فليس مما يملك، فإن أهل الحرب أرقاء غير مملوكين، بل يصيرون عُرضة للتملك، والإعتاق لإزالة الرق[٤] وإسقاطه، فكان[٥] إسقاطا محضا كملك النكاح، فإنه لا يحتمل التمليك قصدا، ولا يقبل الإرث، فكان الطلاق إسقاطا محضا، ولما تمحَّض إسقاطا لم يكن الساقط لأحد؛ لأنه فائت فلا يشترط خصومة أحد فيه.

ألا ترىٰ أن العبد إذا أقر بالرق، ثم ادعىٰ الحرية وأقام البينة صح، والدعوىٰ[٦] بعد الإقرار باطل؛ ولهذا قلنا: أيضا في شاهدين شهدا[٧] بعتق أحد العبدين، أو عتق[٨] إحدىٰ الأمتين، أنها تقبل[٩]؛ لأن الجهالة لا تمنع صحة العتق كما في الطلاق.

---

[١] «ص» (تعلقه).

[٢] «س»، «أ»، «ن» (فلم يكن إيجابا لمن عليه تمليكا محضا)، وفي «ن» (إسقاطا) بدل (إيجابا).

[٣] «ن» (وأمّا).

[٤] «س» (الملك) والمثبت من «أ».

[٥] «ص» (وكان).

[٦] «ص» (صحت الدعوىٰ).

[٧] «ص» (الشهادة).

[٨] «ن» (بعتق).

[٩] «ص» (صحيح).

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أن العتق عبارة عن قوة حكمية دافعةٍ لأسباب الملك، موجبة حرية[١] ومالكية به يملك نفسه ومنافعَه، حتى يكون بدل نفسه له، ويملك التصرف عليه إجارة ونكاحا[٢]، فقوله[٣]: حرَّرتك وملكتك نفسك واحد، وهذا الوصف مؤثر، وهو أن يملك نفسه وأن يصير أهل التملك حق الآدمي، فمن أوصاف الآدمي ما يكون حقا له، فتشترط خصومته لإثباته، كمنافعه وكالوصف إذا انفصل حتى صار مالا، وكذلك قبل أن ينفصل لو أذن بقطع يده، صح في سقوط الضمان.

وعند أبي حنيفة رحمه الله يقضى في الطرف بالنكول، وهو إيجاب من قبله بخلاف التحريم المحض كالموت، وتحريم النكاح؛ لأنه لا حق لأحد في حرمة أسباب الملك، وبخلاف الطلاق، فإن المرأة المنكوحة مالكة نفسها ومنافعها، ما يزداد لها ملك بالطلاق، إنما يرتفع عنها حِجر ومنع.

ولأن في الطلاق تحريم الفرج[٤]، وفي حرمة[٥] الوطء حق الله تعالى، حتى كان حد الزنا خالص حق الله لما عرف في موضعه؛ ولأنها تملك نفسها، لا بالطلاق، ولكن بحريتها عند زوال ملك الزوج، فأما في العتاق فالحرية زائلة، والآن ثبتت حرية مبتدأة من المعتق مضافا إليه، حتى كان الولاء دلالة[٦] على الثبوت من قبله، وألحق بالنسب لما ذكرنا أنه إحياء حكمي، فاعتبر بالإيلاد

[١] «ن» (حرمة).
[٢] «أ» (أو إنكاحا).
[٣] «ن» (وقوله).
[٤] «ص» (الفروج).
[٥] «ص» (تحريم).
[٦] «ن» (ولاء دالة).

الذي هو إحياء مبتدأ مضافٌ إلى الأب بحكم السبب، ولما كان للعبد في الحرية ملك مقصود، لم تثبت بدون خصومته كما في العفو عن القصاص، فإنه يملك حياته بسقوط القصاص وإنه حقه كالعتق، فبالحياة ما يملك كما بالحرية.

ولا يلزم عتاق الأمة، فإنا نقبل بغير خصم؛ لما فيه من تحريم الفرج، وبه اعتذر في الكتاب، فأما إذا شهد أنه أعتق إحدى أمتيه، فلا يقبل عند أبي حنيفة كما في أحد العبدين؛ لأن المجهول لا يصلح خصما، فصار بغير خصم، وليس في إعتاق المجهول تحريم ملك الوطء، بل في حق ملك الوطء كان العتق[١] غير نازل بهما بعدُ، على ما مرَّ فيمن أعتق إحدى أمتيه، ثم وطئهما[٢] أو إحداهما[٣] لا يكون بيانا.

ومنهم من يقول: خصومة الأمة شرط عند أبي حنيفة، إلا أنها إذا كانت عينا اتهمناها في ترك الدعوى؛ لمكان حظوظها[٤] من المولى، فجعلناها كالمُدَّعية حكما وإن أنكرت، كالوصيِّ يُقرُّ على الميت بالدين ويُقبل[٥] عليه البينة؛ لأنه متهم في الإقرار على غيره بالكذب، فجُعل الإقرار إنكارا بسبب التهمة.

بقيت مسألة التناقض، فأجاب[٦] بعضهم أن التناقض إنما أبطل[٧] الدعوى؛ لأنا لو قبِلنا وقضينا له بالملك لاستحق عليه بإقراره الأول، كمن أقرَّ

---

[١] «ن» (العتاق).

[٢] في «أ» (وطئها).

[٣] «ن» (أو وطئ إحدى أمتيه).

[٤] «ن» (حظها).

[٥] «ن» (ويقيم).

[٦] «ن» (وأجاب).

[٧] «ص» (يبطل).

لعبدٍ في يد آخر أنه حر، أو لفلان وكذَّبه ذو اليد، ثم اشتراه صح وعتق، أو صار لفلان بالإقرار الأول، وههنا متى سُمعت[١] دعواه أخيرا وقُضِي بالعتق، لم يقض عليه بالرق بالإقرار الأول؛ لأنه لا يحتمل النقض، إلا أنه ضعيف ولا تسمع دعوى المناقض[٢]؛ لأن الأول يدفع الثاني، فيبطلان جميعا.

ألا ترى أن من أقر لولدٍ[٣] أنه لفلان، أو شهد فلم تقبل شهادته لمعنًى ما، ثم ادعى أنه ولده وأقام بينة لم تُسمع؛ لتناقضه في الدعوى، حتى إن الولد لو كبر وأقام البينة قُبلت[٤] البينة، ولم ينقض عليه بإقراره أول مرة ولم تسمع دعواه منه؛ بسبب التناقض، والمسألة مُشكِلة فإنهم يقولون: هو يملك ما يملك بالذمة الثابتة له في أصل الفطرة عند زوال الرق، والحرية تثبت حكما للذمة، لا بإيجاب المولى، إنما تصرف المولى في إسقاط الرق بالإعتاق لا غير.

قال ﵀: ولم يحضرني جواب، غير أن العتق أشبه حقوق الله تعالى كما قالاه، وحق العبد كالقصاص كما قاله أبو حنيفة، فلم يبطل بالتناقض للشبه الأول، ولم يصح بغير دعوى للشبه الثاني، والله أعلم.

[٧٩١] **مسألةٌ**: العبد إذا أُعتِق بعضه لم يحتمل الباقي التمليك، والتملك قصدا عند علمائنا ﵏.

وقال الشافعي(٥) رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: إذا كان الشريك المعتق معسرا بقي الباقي

---

[١] «ص» (لو سمع).
[٢] «ن» (المتناقض).
[٣] «أ»، «ن» (بولد).
[٤] «ص» (ثبتت).
(٥) انظر: «الأم» للشافعي (١٤١/٧)، «الحاوي الكبير» (٥/١٨).

رقيقا كما كان، يُباع ويوهب.

واحتج بما رُوي عن النبي ﷺ أنّه قال: «من أعتق شقصا له من عبد ضمن لشريكه إن كان موسرا، وإلا عتق ما عتق، ورقَّ ما رقَّ»(١).

وأما المعنىٰ: فلأن أبا حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ وافقنا أن إعتاق البعض لا يُوجب الإكمال[٢] له بنفسه، بدليل نذكره لأبي حنيفة، بل هو مما يتجزأ ثبوته، وإذا كان كذلك بقي حق الآخر في العبد كما كان، والعبد باستحقاقه العتق في النصف، يستحق أحكام العتق[٣]، لا يثبت له إلا بعتق البقية[٤] فيستحق التكميل، والآخر يبقىٰ ملكه، وهو محترم، يستحق أن لا يزال عليه[٥] بغير بدل، فإن كان المعتق موسرا وأمكننا الإزالة ببدل عليه أزلنا ووفَّرنا الحكم[٦] عليه جميعا، حق العبد في عين العتق، وحق الآخر في البدل، وإن لم يكن موسرا لم يمكن؛ لأن في الإعتاق ببدل من ذمةٍ مُفلِسةٍ إعتاقا بلا شيء؛ لأن المال في الذمة المفلسة تاوٍ حكما، فلا يمكن إبطال ملك الآخر بغير بدل، ولا يمكن الإيجاب علىٰ العبد؛ لأنه لم يجنِ جناية؛ ولأنه أشد إفلاسا للحال من المعتِق؛ لأنه كان عبدا لا ملك له ظاهرا أو باطنا، فلما لم يجز العتق بضمان علىٰ الذمة الأولىٰ، نظرا للذي لم يعتق فهذا أولىٰ، ولما لم يجب الضمان علىٰ المعتِق وهو المتعدِّي بعذر العُسر، فهذا الذي لم يتعدَّ والعذر قائم في حقه أولىٰ، وعلىٰ هذا مدار المسألة، فإنه

---

(١) رواه البخاري (٢٤٩١)، ومسلم (١٥٠١) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

[٢] «ن» (إلا كمالا).

[٣] «ن» (أحكاما للعتق).

[٤] «ن» (الثلاثة).

[٥] «ن» (عنه).

[٦] «أ» (الحكمين)، «ن» (الحقين).

بالإجماع لا يبطل ملك الآخر مجانا. والشافعي(١) ﵀ لا يرى استيفاء[٢] المملوك للعتق بحال[٣]؛ لأنه لم يجنِ، وكذلك في أم ولد النصراني إذا أسلمت لم يُضرب عليها السعاية على ما نذكر في المسألة بعد هذا.

ولنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**من أعتق شِقصا له في عبدٍ قُوِّم عليه نصيب شريكه إن كان موسرا، وإن كان معسرا يسعى[٤] العبد في نصيبه غير مشقوق عليه**»(٥)، أي: على المُهلة والرفق كما في الكتابة، وكما في سائر المديونين المعسَرين[٦].

وفي رواية أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «**فإن لم يكن للمعتِق مال استُسعي العبد**»(٧)، وقال ﵇ فيمن أعتق بعض العبد: «**عتق كله، ليس لله فيه شريك**»(٨)، فثبت أنه لا وجه للبقاء كذلك، وتأويله عندي: يعتق كله ولا بدَّ منه.

وقوله ﵇: «**عتق ما عتق ورق ما رق**»(٩)، لا يعارض هذا؛ لأن ذلك إخبار عن التجزِّي، وأنه لم يعتق كله، وقد قلنا به، والخلاف في البقاء.

---

(١) انظر: «الأم» للشافعي (٥٣٣/٨).

[٢] «أ» (استسعاء)، «ن» (استبقاء).

[٣] «أ» (للمعنى الذي ذكرنا).

[٤] في «أ» (سعى).

(٥) رواه البخاري (٢٤٩٢)، ومسلم (١٥٠٣) من حديث أبي هريرة ﵁.

[٦] «ن» (المعتبرين).

(٧) رواه مسلم (١٥٠٣) من حديث أبي هريرة ﵁.

(٨) رواه أبو داود (٣٩٣٣)، والنسائي (٤٩٥١). وأصله في الصحيحين دون قوله: «ليس لله فيه شريك».

(٩) سبق تخريجه.

وأمّا المعنىٰ، فهو: أن العتق[١] في الشرع عبارة عن: قوة حكمية، أثبت عليها أحكاما، ذكرناها من: الولاية، والشهادة، والمالكية[٢]، وهذه[٣] أحكام لا يتجزَّؤ ثبوتها في الشخص، ولا يثبت شيء منها ما لم[٤] يعتق كله، وكذلك الرق عبارة عن: ضعف حكميٍّ يصير[٥] به كالبهيمة، في قبول الملك بالاستيلاء، ولا يتصور الاستيلاء في البعض الشائع، فلم يمكن إبقاء الوصفين علىٰ التجزِّي، هذا في البعض، وهذا في البعض، وهما لا يقبلان التجزِّي، وهذا لأنه يصير بالعتق أهلا لملك غيره، وبالرق تبطل الأهلية ويصير محلا للتملك، ونفسه في[٦] الأهلية لشيء وضده لا يقبل التجزِّئ، كما[٧] لا تقبل العين التجزِّي في التحليل والتحريم، فلا بد من دفع[٨] أحدهما بالآخر ليكمل[٩] أحدهما، والرق مما يحتمل[١٠] السقوط بعد ثبوته والعتق لا، فتعين ما احتمل السقوط للسقوط؛ لما تقرر السبب المسقط لأحدهما، دل عليه إذا[١١] كان المعتق موسرا فإن رق نصيب الآخر يسقط[١٢] بعتق هذا.

---

[١] «ص» (فإن).

[٢] «ص» (من المالية والمالكية).

[٣] في «أ» (هذه).

[٤] «ن» (إذا لم).

[٥] «ص» (الآدمي).

[٦] «ن» (من).

[٧] في «أ» (وكما).

[٨] «ن» (رفع).

[٩] «ن» (فيكمل).

[١٠] «ص» (يقبل).

[١١] «أ» (إن).

[١٢] «ص» (سقط).

فإن قال: سقط بالخبر، بخلاف القياس.

۞ قلنا: لا، بل سقط وهو معلول بما[١] ذكرنا، وأنه معنى معقول، فلا يرد ما أمكن، يبقي حديث الضمان، فنقول: إنما سقط بضمان على العبد.

فأما قولهم: إنه غير ممكن؛ لأنه لم يجن[٢]، فالجواب عنه: أن الجناية[٣] سبب ضمان التلف، فأما ضمان التملك فلا يبتنى على الجناية.

ألا ترى: أن ثوب رجلٍ لو انصبغ بصبغ رجل[٤] ضمن له قيمة ما زاد صبغُه فيه[٥]، ولم يجن شيئًا؛ لأنه يتملك الصبغ به، بل كان هذا من قبيل ضمان العقود، والعبد بهذا الضمان يملك نفسه، كما لو باعه[٦] المولى منه نفسه، أو أعتقه على مال، يكون المال بعوض لا بغير عوض، فكذلك[٧] هذا، وأما قوله: فيه نقل حقه إلى ذمة مفلسة، فلا كذلك، فإنه عند أبي حنيفة بمنزلة المكاتب ما لم يؤد السعاية، فيكون ملكه قائما في الأصل، ما لم يأخذ العوض ويصير عينا.

ألا ترى: أن الوصيَّ يُكاتِب عبد اليتيم فيجوز، وهو لا يملك المعاوضة الخاسرة[٨].

۞ فإن قيل: لو فعل هذا الفِعْل لفَعَل حقا للعبد والعبد يأبى الضمان.

---

[١] «أ» (لما).

[٢] «ن» (يجز).

[٣] «ص» (هذا).

[٤] «ص» (غيره).

[٥] «ص» (فكان لزاما في المعنى وإن لم يكن صورة).

[٦] «ن» (باع).

[٧] «أ» (فكذا).

[٨] «ص» (معاوضة خاسرة).

۞ قلنا: إذا[1] أراد لم يفعل عندك؛ ولأنه وإن أبى، فقد وجب تنفيذه حقا للشرع؛ لتعذر إثبات الحقَّين على التجزِّي شرعا، ولا وجه إلى إبطال العتق بحال، ولا طريق إلى الإكمال إلا بهذا الوجه ففُعل، وإن كان فيه تأخر[2] حق الشريك في استيفاء الضمان؛ لأنه متى بقي كذلك بطل حق العتق أصلا؛ لأن شيئا من أحكام العتق لا يمكن إثباته، والله أعلم.

[٧٩٢] مسألةٌ: قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى فيمن أعتق بعض عبده، أو أعتق بعضا له والباقي لغيره: لم يعتق كله.

وقال أبو يوسف ومحمد رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى: عتق[3] كله لا محالة، إلا أنه يضمن للشريك إن كان موسرا، ويسعى العبد بعد العتق إن كان معسرا.

واحتجا: بما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «من أعتق شِقصا له في عبد عتق كله، ليس لله فيه شريك»(٤).

وأما المعنى: فما ذكرنا أن العتق[5] عبارة عن أهليته[6] لتملك الأشياء، ودفع للاستيلاء[7]، والرق عبارة عن كونه محلا للتملك، وأن يكون أهلا لحكم ما لا يتصوَّر تجزؤه، فإن الأهلية لا تثبت إلا للإنسان، واسم الإنسانية يسقط

---

[١] «ن» (إن).

[٢] «أ» (تأخير).

[٣] «ن» (يعتق).

(٤) سبق تخريجه.

[٥] «ص» (العبد).

[٦] «ن» (أهلية).

[٧] «أ»، «ص» (يد الاستيلاء)، وفي «ص» زيادة (عن نفسه).

بالتبعيض ، فكذلك سقوط الأهلية ؛ لأن ما لا يتجزأ ثبوتا لا يتجزأ زوالا .

ويدل عليه: أن العتق لإزالة الرق من حيث الظاهر ، والرق لا يتجزأ ثبوته ، فلا يتجزأ زواله كملك النكاح ، وإنما قلنا لا يتجزأ ثبوت الرق ؛ لأنا لا نجد شخصا نصفه بحيث يتملك بالاستيلاء دون النصف ، وكيف يتجزأُ والرق عقوبة وجبت على الآدمي بسبب الكفر في الأصل ، والعقوبة لا يتصور وجوبها[١] على النصف شائعا ؛ لأن الذنب لا يتصور من النصف دون النصف ، فهذه كلمات قويّة مبنية على تفسير العتق والرق ، ونظير ذلك الطلاق والنكاح ، لمَّا لم يتجزأ ثبوتهما كان طلاق البعض كُلًّا ، وكذلك النكاح ، وإن ثبت الرق لجماعة فيتجزأ في حق المالكين ، لا يدل على تجزُّئه في حق المحل ، كالقصاص يثبت لجماعة إرثا وملكا في عبد[٢] بين جماعة[٣] ، ولا يقبل تجزؤه في حق المحل ثبوتا ولا زوالا ، حتى إذا عفا أحدهم وسقط نصيبه سقط الكل ، وتعليلنا لبيان أنه لا يقبل التجزي في حق المحل .

وأما أبو حنيفة ، فيحتج[٤] بما رُوي عن سالم عن أبيه عن رسول الله ﷺ أنّه قال: «**من أعتق شِقصا له في عبد كلف عتق بقيَّته**»(٥) ، وتكليف العتق لا يتصور إلا مع قيام الرق ، وفي رواية أخرى عن ابن عمر عن النبي ﷺ «**كلف عتق ما بقي**»(٦) ، وروى محمد بن الحسن ، عن أبي يوسف ، عن الحجاج بن أرطأة ، عن نافع ،

---

[١] «ن» (وجودها).

[٢] «ص» (عين).

[٣] «ن» (رجلين).

[٤] «ن» ، «ص» (وأبو حنيفة يحتج).

(٥) رواه أحمد (٥٥٧٥) بهذا اللفظ من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٦) رواه النسائي (٤٩٣٨) ، والبيهقي (٢١٤٢٨) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال فيمن أعتق نصيبه من مملوك: «**إن كان غنيا ضمن لشريكه، وإن لم يكن له مال سعى العبد للآخر**»[1]، فسمَّاه عبدا.

ودل عليه: الخبر الذي رواه الشافعي، عن سالم عن أبيه، عن النبي ﷺ أنه قال في العبد بين اثنين أعتق أحدهما نصيبه: «إن كان موسرا قُوِّم قيمة عدل، لا وكْس[2] ولا شَطَط[3]، فيعطَى صاحبه ثم يعتق»[4].

وأما حديثهم، فقد رواه محمد بن الحسن حجة لنفسه، ورواه موقوفا على عمر رضي الله عنه، فدل أنه منقطع، وتأويل: (عتق كله) أي: يعتق، كقوله تعالى: ﴿أَتَىٰٓ أَمۡرُ ٱللَّهِ﴾ [النحل: ١] أي: يأتي، (ليس لله فيه شريك) يعني: نصفه لا يُضاف إلى العبد، ونصفه إلى الله كالمسجد، بدليل ما روى محمد بن الحسن[5] عن عمر رضي الله عنه فيمن أعتق عبدا بينه وبين صغير استؤني به حتى يبلغ الصغير، فإن شاء أعتقه، وإن شاء ضمَّنه[6]. وعن علي رضي الله عنه: «يُعتق الرجل من عبده ما شاء»[7].

وأما المعنى: فإنا نسلِّم لهم أن الرق لا يتجزَّى ثبوتا ولا زوالا في حق

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) الشطط: مجاوزة القدر ومنه شط إذا بعد وشط إذا جار. انظر: مشارق الأنوار (٢/٢٥١).

(٣) الوكس: النقص. انظر: النهاية في غريب الحديث (٥/٢١٩).

(٤) رواه الشافعي في الأم (٨/٤) عن سالم بن عبد الله عن أبيه، وهو في الصحيحين.

(٥) انظر: الآثار (٢/٥٧٣).

(٦) ورواه عبد الرزاق في مصنفه (٩/١٥٥ برقم: ١٦٨٠٧) بلفظ: «ينتظر بهم حتى يبلغوا، فإن أحبوا أن يعتقوا أعتقوا، وإن أحبوا أن يضمن لهم ضمن».

(٧) رواه البيهقي في سننه (١٠/٢٧٤ برقم: ٢١٣٧٥)، والطبراني في المعجم الكبير (١٤/٤٢٤ برقم: ١٥٠٩٨)، قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/٢٤٨): «فيه محمد بن فضاء بالفاء وهو ضعيف».

الملك[١] ، والمذهب عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أن معتق البعض بمنزلة المكاتب ، وأنه عبد ما بقي عليه درهم ، لا يثبت شيء من أحكام العتق ، ولكنا نقول: لا يثبت العتق ولا يزول الرق بإعتاق البعض ؛ لأن المولىٰ إنما يملك التصرف بحكم مِلكِه وملكُه في العبد ملك مالٍ ، لا ملكُ رقٍّ ، وإنما الرق صفة به يصير الآدمي محلًّا للتملُّك مالا كالحياة ، والمولىٰ لا يملك الحياةَ ، وإنما يملك أجزاء الحي مالا ، علىٰ ما بيَّنَّا في كتاب الديات ، وكيف يملك الرق وهو حكم ثابت شرعا[٢] ؟! علىٰ ما بيَّنا لأهل الحرب ، كقولهم[٣]: مباحو الدم ، والأحكام لا تُملك.

ولهذا قلنا: إن من حلف بعتق عبده ، ثم باعه ثم اشتراه ، ثم حنث عتق ؛ لأن الرق لم[٤] يتجدّد ، وإنما تجدد ملك المولىٰ ملك مال ، فلم يبطل ما تعلق بالرق من العتق ، وإذا كان ملك المولىٰ ملك مال في العبد ، وإنما يملك الإزالة من حيث ملك الأجزاء قبل التجزِّي ؛ لأن العبد من حيث إنه مال يتجزَّىٰ كالثوب ؛ لأن أجزاءه صارت مالا.

ألا ترىٰ أنه يُباع نصفه ويُشترىٰ ، إلا أنه إذا أزاله إلىٰ العبد ، والعبد لا يملك نفسه مالا ، صار إسقاطا للمالية ، وإسقاطها يوجب زوال الرق وحدوث العتق ، ويصير العتق مضافا إلىٰ المولىٰ بواسطة إزالة المالية ؛ لأن المولىٰ يوجبه بنفسه وهو لا يملك العتق ، وكان بمنزلة شراء القريب كان إعتاقا بواسطة الملك ، لا بدون الواسطة ، فإذا كان شرط إيجاب العتق إزالة كلّ المِلك ليزول كل الرق ،

---

[١] «ص» (زوالا ولا العتق).

[٢] «ن» (مشروعا).

[٣] «ص» (كقولنا).

[٤] «ن» (لا).

فإنه أمر لا يتجزأ، وهو لا[١] يملك النصف لم يملك إيجاب العتق، بل توقَّف علىٰ زوال البقية ليزول الكل، فيتم العلة فيثبت الحكم غير متجزئ حينئذ، إلا أن العبد يثبت له حق العتق بإزالة الملك إليه في البعض، وهو مما يقبل التجزِّي، كما لو أزال إلىٰ غيره، بل هذا أولىٰ؛ لأن الإزالة إليه إسقاط، والإسقاط[٢] أسهل ثبوتا من التمليك، ولمَّا صح استحق أن يعتق بقدره؛ لأنه أقوىٰ من التدبير والاستيلاد، ولما استحق العتق للحال، ولم يحتمل النقض كالاستيلاد، وجب التكميل[٣] من طريق السعاية علىٰ ما بينا علىٰ ما قاله الشافعي.

بخلاف القصاص بين جماعة عفا أحدهم؛ لأن القصاص يبتنىٰ[٤] علىٰ السقوط، والمسقط[٥] في البعض إذا تقرر ترجح علىٰ الذي يُبقِيه فسقط كله، وأما ملك المال فلم يُبن علىٰ السقوط بالشبه، فعارض ما بقي من الملك ما سقط، ولم يترجح المسقط، فجعل العبد مكاتبا بين حر وعبدٍ بحكم المعارضة؛ ولأن في الكتابة تأخر حق العبد في العتق، وفي عتق الكل بطلان ملك الذي لم يعتق، فكان التأخر أولىٰ، وسبيله سبيل رجلَين أعتقا أمة لم يملك أحدهما تزويجها؛ لأن الولاية إنما تتفرع من الإعتاق، وذلك مضاف إليهما لا إلىٰ أحدهما، فلم تثبت له الولاية عند الانفراد، فكذلك ههنا في حق الإعتاق.

❁ **فإن قيل:** أليس ابتداء ملك الحربي لا يتجزَّأ ثبوته علىٰ المرقوق، فلا يتجزَّأ إزالته إليه[٦]؟

---

[١] «ن»، «ص» (لم).
[٢] «ص» (الاسقاطات).
[٣] «أ» (التمليك).
[٤] «أ»، «ص» (مبني).
[٥] «ن» (فالمسقط).
[٦] «ص» (أيضا).

﴿ قلنا: ابتداء الملك عليه مما يتجزأ؛ لأنه ملكُ مالٍ، ولكنه إنما يثبت ابتداء بالاستيلاء، والاستيلاء مما لا يتجزأ على الشخص، كالصيد لا يثبت الملك عليه ابتداءً في النقض[١]؛ لأن الإصابة لا تتصوَّر لبعضٍ[٢]؛ لأنه[٣] لا يحتمل التجزؤ في نفسه، حتى لو أن جماعة استولوا على حربيٍّ ملك كل واحد منهم البعض بقدر[٤] ما يجري السبب[٥] بينهم مجرى[٦] الملك لهم.

وقال محمد بن سلمة رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ: للإمام في الابتداء أن يَمُنَّ على الحربيِّ فيعتقه بالجزية، وإن أراد أن يسترقَّ فله ذلك في بعضه، فيتجزأُ على ذلك الملك في بعضه، وأشبه هذا القصاص فإنه لا يثبت إلا جملة؛ لأن السبب وهو القتل لا يتصور في بعضه دون بعضٍ، ولا لبعض المقتول، ولكن لمَّا جاز ثبوت القصاص لجماعةٍ، علم أنه مما يقبل التجزِّي في نفسه، وإذا عفا أحدهم لم يصِر عفوا للكل، بل كان إسقاطا لنصيبه وحدَه، ولَمّا تعذَّر استيفاء البقية تحول مالا فهذا مثله، بخلاف ملك النكاح؛ لأنه ليس بملكٍ لأجزاء العين حقيقة فيقبل التجزِّي، بل ملك حِل[٧]، وأنه حكم لا يقبل التجزِّي، حتى أن اثنين لو[٨] ملَكا أمة لم يملكا الوطء، وملكا المال بينهما؛ ولأنا سلَّمنا أن الإعتاق تصرف في الرق، فالرق صفة للأجزاء التي ملكت؛ لأن المملوك هو المرقوق بعينه، والأجزاء

---

[١] «ص»، «أ» (في البعض).

[٢] «ن» (للبعض).

[٣] «ن» (لا لأنه).

[٤] «ص» (على قدر).

[٥] «ص» (الملك).

[٦] في «أ» (يجري).

[٧] «ص» (ملك رجل).

[٨] «ن» (حتى لو أنّ).

المملوكة قابلة للتجزي نصفا وثلثا ، ولما قبِل المحل التجزِّي لم تصِر الإضافة إلىٰ البعض إضافةً إلىٰ الكل كما في البيع ، ولكن يُبتنىٰ عليه أحكام لا تقبل التجزِّي ، من الولاية ، والشهادة ، والمالكية[١] ، فلم يمكن الجمع بين أحكام الرق في النصف ، وأحكام العتق في النصف ، فأكمل وغلب عليه جهة العتق لما مرَّ مع الشافعي رحمه الله ، فأثبت[٢] له للحال أحكام المكاتب الذي هو بين العبد والحرّ ؛ لأنّه صار بينهما .

ودل عليه : أن المعتِق لا يضمن إذا كان معسِرا ، ولو كان إعتاقا للكل وإتلافا حكميا[٣] ، ليضمن[٤] ، موسِرا كان أو معسِرا ، كما لو أتلف بالسيف أو بالشهادة لإنسان ، ثم رجع بعد القضاء ، فإنه يضمن موسرا كان أو معسرا ، وكذلك لو أُكره المولىٰ حتىٰ أعتق[٥] عبده ، ضمن المكرِه موسرا كان أو معسرا ؛ لأن الإتلاف بالعتق نقل إليه ، فالسقوط بالعسر دليل علىٰ أن في الضمان حكم الصلات بوَجْهٍ ، ولم يتمحَّض ضمانَ إتلافٍ ، وإنما يثبت حكم الصلة من وجهٍ ، إذا ثبت أنه متجزئٌ ؛ ليأخذ الضمان حكم الحمالة عن العبد والمعونة ، علىٰ ما بينا في مسألة : سقوط ضمان العتق بالموت ، والله أعلم .

[٧٩٣] **مسألةٌ** : إذا أعتق ستة أعبُدٍ له في مرض موته[٦] ، لا مال له غيرهم

[١] «ن» (من الولاية والمالكية والشهادة) .
[٢] «ص» (وأثبت) .
[٣] «ن» ، «أ» (حكما) .
[٤] «ن» (يضمن) .
[٥] «ن» (في عتق) .
[٦] «ن» (في مرضه) ، «ص» (إذا أعتق المريض ستة أعبد) .

ثم مات، عتق ثلث كل واحد منهم، وكذلك لو أعتق عبدَين منهم من غير عين.

وقال الشافعي(١) رحمه الله: يُقرع القاضي بينهم، فيعتق اثنين عينا، ويرد البقية في[٢] الرق إذا كانت قيمتهم سواء.

والكلام[٣] من طريقين: أحدهما: إثبات جمع العتاق في اثنين، والثاني: استعمال القُرعة لبيان المُستحق.

والحجة له: ما رُوي عن النبي ﷺ في رجل أعتق ستة أعبُدٍ له في مرضه، لا مال له غيرهم ومات، فأقرع النبي عليه السلام بينهم، فأعتق اثنين وردّ أربعا في الرق(٤).

والمعنى فيه: أن العتق في مرض الموت وصيةٌ، وسبيل الموصى له بالثلث، أن يساوي الوارث في الثلثين استحقاقا، ويكون كأحد الورثة من كل وجه ما أمكن، وذلك في جمع العتاق في اثنين؛ ليكون اثنان في الوصية، وأربعة في الإرث سواء بسواء وهذا ممكن، أمّا إذا أعتق اثنين منهم فيتعين الاثنان[٥] من الجملة، فإنه أقرب إلى تحقيق إيجاب الميت من التوزيع والإشاعة في الكل.

ألا ترى أنّ الميت بنفسه لو كان حيا أُمِر بالبيان والتعيين لا بالتوزيع، فكذلك من ينوب عنه بعده، وأما إذا أعتقهم جميعا، فكذلك أيضا؛ لأن إعتاقهم لم يصح؛ لأنه في مرض الموت لا يملك إلا الثلث ولو نفذنا جملة، والعتق لا

---

(١) انظر: الأم (٢٨١/٩)، ومختصر المزني (ص ٤١٩)، والحاوي الكبير (٣٤/١٨).

[٢] «ن» (إلى).

[٣] «أ» (فالكلام).

(٤) رواه مسلم (١٦٦٨) من حديث عمران بن حصين رضي الله عنه.

[٥] «ص» (فيعتبر الاثنين).

يحتمل التبعض[١] لبطل حق الورثة فيوقف[٢]، حتىٰ قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: لو شهدوا لم تقبل شهادتهم، ولو نفذ العتق لقبلت شهادتهم، وكذلك لا يرثون. ويوقف علىٰ ما يتبين الأمر في الثاني، ولما رد النفاذ إلىٰ الثلث رواية عن أبي حنيفة في كتاب العتاق، صار قوله: أعْتَقْتُهم بمنزلة قوله: أعتَقْتُ ثلثهم سواء، كقول الرجل في عبدٍ بينه وبين شريكه[٣]: أعتَقْتُكَ، وأعتقتُ نصفك سواءٌ، ثم قوله: أعتقتُ ثلثهم، وأعتقتُ اثنين منهم سواء؛ لأن العتاق لو نفذ شائعا في ثلث كل واحد منهم لبطل حق الورثة من حيث اليد فيهم، وهو لا يملك إبطال اليد إلا في الثلث، كما لا يملك إبطال الملك، فإن المال لو كان دينا فأبرأ أو أجَّل لم يصح إلا من الثلث.

وإذا صار كأنه قال: أعتقتُ اثنين منهم في الأحوال[٤] كلها، والخلاف فيه ثابت. قلنا: إن جمع العتق في اثنين أولىٰ؛ لأنه عمل بموجَب كلامه، ألا ترىٰ: أنه ما دام حيا يلزمه البيان[٥] هكذا؛ ولأن فيه تسوية بين الورثة ونصيب الوصية ذاتا ويدا، وعلىٰ هذا الاختلاف إذا أوصىٰ بأن يعتقهم بعد موته، عندنا يُجمع في عبدين، وعندكم تُفرق فيهم.

وتبين بهذا: أن اعتبار العبيد في أنهم موصىٰ لهم، ولهم حق الطلب ساقط؛ لأن الاختلاف فيمن أعتق عبدين من هذه الجملة، والمجهول لا يصلح موصًىٰ له ولا مستحقا، وقد أبطلنا مع التعيين فيما إذا أعتقهم نظرا للورثة، ولما بطل

---

[١] «أ» (البعض).

[٢] «أ»، «ص» (فوقف).

[٣] «ص» (آخر).

[٤] «ص» (جميع الأحوال).

[٥] «ن» (الثاني).

التعيين بطل اعتبار جانب الموصَىٰ له، وبقيت العبرة لجانب الوصية، وهو ثلث عتق العبيد وإكمال ثلث العتق، مع إكمال[١] توريث الثلثين فيما قلناه، فإنكم إذا وزَّعتم ذهب العتاق حتىٰ يَسْعَوْا، وذهب إرث الورثة فتكون تأخيرا للوصية والإرث جميعا، وإنما يكون مراعاة لجانب الموصىٰ لهم من العبيد، وقد أبطلنا هذا الجانب.

قال: ولما ثبت أن الوصية صحيحة بعتق اثنين منهم، فلا بُدَّ من البيان كما في صحة المعتق، والقاضي جاهل به أقيمت القرعة مقام المُعتق للتعيين نفيا للتهمة عن القاضي.

ولأن القاضي لم يُولَّ[٢] خيار البيان بالإجماع، كما إذا قالوا جميعا في القسمة: إن القاضي يعدل الأنصباء، ثم يستعمل القُرعة للتعيين، ولم يكن فيه معنىٰ القِمار، فإن القمار عندهم كان سببا للاستحقاق ابتداءً، وأنه حرام، فأما[٣] تعيين المستحِق فليس من القمار في شيء.

وعلىٰ هذا الأمة إذا كانت بين اثنين فولدت وادَّعياه جميعا أقرع القاضي بينهما؛ لأن الولد ثابت لأحدهما لا محالة بسبب الفراش؛ لأنه لا يعلق من الماءين جميعا علىٰ ما نبين في موضعه، فتعين[٤] للقرعة[٥] إذا لم يكن لأحد خيار البيان، وكذلك دابة ادّعاها رجلان وأقام كل واحد منهما البينة، أقرع

---

[١] «أ» (عتق العبيد والمال ثلث مع إكمال).

[٢] «أ» (يؤد)، «ن» (يؤجل).

[٣] «أ» (وإنما).

[٤] «ص» (فيعتق).

[٥] «أ» (بالقرعة).

القاضي البينة بينهما؛ لأنا لا ندري يقينا[١] أنها لأحدهما، ولا خيار لأحد فتعين بالقرعة.

ولا يلزم علىٰ شيء منه إذا أعتق المريض عبدا واحدا لا مال له غيره، فإن الجواب علىٰ قياس قوله: إن يعتِق ثلثه ويرِق ثلثاه للورثة، إلا أن الشرع إنما قسم العبيد بين الرق والحرية عند العجز عن التمليك[٢]، فإنه قال فيمن أعتق شقصا له في عبد: «ضمن لشريكه إن كان موسرا، وإلا عتق ما عتق، ورق ما رق»(٣)، فلما أمكن إكمال العتق بالضمان لم يُوَزّع، ولما تعذّر وُزّع، ففي ستة أعبُد يمكن من الوجه الذي قلنا تكميل العتق والرق فلا يوزَّع، وفي[٤] العبد الواحد لا يمكن؛ لأن المعتق معسِر وليس ههنا عبد آخر نكمله[٥] يجمعه إلىٰ هذا، فلم يبق إلا التوزيع بين الرق والحرية.

فإن قلتم: لا يمكن هذا في العبيد فيرجع الكلام إلىٰ المسألة الأولىٰ، وهو أن المُعتِق إذا كان معسِرا في عبد بينه وبين غيره، هل يعتق البعض ويرق البعض؟! وقد مرت تلك المسألة، فقد[٦] سلَّم أبو حنيفة أن كله لا يعتق حيث قال[٧]: لا تقبل شهادته، ولا يرث إلا أن تخرج من الثلث، أو يصح المريض.

ولنا: أنا نعيِّن المسألة في العبد الواحد، فنُبطل هذه القاعدة بأخبارٍ رواها

---

[١] «ص» (لأنا نعلم).

[٢] «نص» (التكميل).

(٣) سبق تخريجه.

[٤] «ن» (في).

[٥] «ن» (يكلمه).

[٦] «ن» (وقد).

[٧] «ص» (حتىٰ إذا شهد).

محمد بن الحسن رحمه الله في هذا الفصل بعينه[١]:

منها: ما روى بإسناده عن النبي عليه السلام أنه قال في هذه المسألة بعينها: «إن العبد يسعى في ثلثي قيمتِهِ»(٢)، وقال عليه السلام: «إن كان على المعتق دين سعى العبد في جميع الدين»(٣)، وعن ابن مسعود رضي الله عنه نحوًا منه، وعن علي رضي الله عنه: «يسعى في قيمة نفسه»(٤).

فهذا يبطل قولهم: إنه يعتق ثلثه ويرق ثلثاه، وكان يجب على قَوَد هذا أن يرق كله، إذا كان عليه دين، فإنهم مقدَّمون على الورثة، ولما بطل في الثلثين[٥] لحق الورثة، وجب أن يبطل الكل لحق الغرماء، ولما بطل هذا القول، ووجب القول بالسعاية، وتكميل الوصية والإرث بعد السعاية والتأخير لحق العتق، ثبت مذهبُنا، فإنهم وإن كانوا ستة فلما أعتقهم صار كل واحد منهم مستحقا، كما لو لم يكن معهم[٦] غيرهم.

والمعنى فيه: أنه لو[٧] أوصى برقبة كل واحد منهم لرجل بعينه، ثم مات كان لكل واحد منهم ثلث عبده، ولم يجز إبطال حق واحد من الموصى له عينا؛

---

[١] «ن» (هذا الباب).

(٢) رواه عبد الرزاق في مصنفه (٩/١٥٢) بلفظ «أعتق رجل عبدا له ليس له مال غيره عند موته فأعتق النبي صلى الله عليه وسلم ثلثه، واستسعاه في الثلثين».

(٣) رواه عبد الرزاق في مصنفه (٩/١٦١ برقم: ١٦٧٥٩) موقوفا.

(٤) رواه عبد الرزاق في مصنفه (٩/١٦٤) عن إبراهيم في رجل أعتق عبده عند الموت وترك دينا وليس له مال قال: «يستسعى العبد في ثمنه».

[٥] «ص» (بطل الثلثان).

[٦] «ن» (معه).

[٧] «ن» (أو).

لأنه مثل لصاحبه، ومثل للوارث في نصيبه، فكذلك إذا أوصىٰ برقابهم للعبيد؛ لأن العبد يستحق مثل غيره بل أشد.

ألا ترىٰ أنه لو خاطب العبد بتمليكه نفسه بألفٍ لم يملك الرجوع، ولو خاطب به أجنبيا ملك الرجوع، ولو قال لعبدٍ[١]: وهبتُ لك نفسك عتق للحال، ولو خاطب به أجنبيا لم يملك حتىٰ يسلّم إليه، وكذلك المدبَّر موصىٰ[٢] له برقبته، ويعتق بنفس الموت، ويُقدم علىٰ سائر الوصايا إذا ضاق الثلث، فلما لم يجُز إبطال حق موصىٰ له بعينه في غير العبيد، ففي العبيد أولىٰ، وإذا ثبت هذا في الوصية كان في الإعتاق أولىٰ؛ لأنه أقوىٰ من الوصية بالعتق، فإن المعتَق في المرض لا يجوز بيعُه، والموصىٰ بعتقه يجوز بيعه، فثبت أن الوصية لمن[٣] يصح مستحقا، لولا الوارث لا يجوز إبطالها لحق[٤] الوارث؛ لأن الله تعالىٰ جعل الوصية في ثلث المال، لا حق للورثة فيه، وكما لا يبطل حق وارث لوارث[٥] للتساوي، فكذلك الوصية إن لم تكن مقدمة فهي[٦] سواء للإرث والموصىٰ له مساوٍ للوارث، وكذلك إذا أعتق عبدين من الستة غير عين[٧]؛ لأن التعيين لا يثبت إلا ببيان المراد إن كان نوىٰ عينا من الابتداء، أو البيان إنشاء[٨] وذلك

---

[١] «ص» (لعبده).

[٢] «ن» (الموصىٰ).

[٣] «ن» (لم).

[٤] «ن» (بحق).

[٥] «أ»، «ن» (بوارث).

[٦] «س» (فهو) والمثبت من «أ».

[٧] «أ»، «ن» (عينين)، «ص» (عين عبدين).

[٨] «ن» (أو لبيان)، «ص» (أشياء).

للمالك الذي كان له حق الإيقاع وحق[١] التعيين اتباعا[٢]، والوارث لم يخلفه في المعتَق، فلا يخلفه في ملك تعيينه[٣] بناء عليه؛ ولأن ملك البيان ملك رأي، فيما التزم مجهولا في مِلكه لا غير، ورأيه[٤] يبطل بموته، فيبطل ما تعلق به، كخيار الشرط على مذهبنا، ولا يثبت للقاضي[٥]، ولا للوصي[٦]، [ولما] بطل وليس بعضهم بأولى من بعضٍ، وُزِّع عليهم إذا احتمل التوزيع، كمن طلَّق إحدى أمتيه[٧] قبل الدخول بهما حتى سقط نصف المهر، ثم مات قبل البيان حرمت كل واحدة منهما ربع المهر؛ لأن البيان لم يورث، وليست إحداهما [بأولى] من الأخرى، فوزِّع الحرمان عليهما، لما صحَّ المسقط لنصف المهر مع الجهالة.

❊ **فإن قيل**: يجب البيان بالقُرعة.

❊ **قلنا**: لما كان البيان له حقا ثابتا لرأيه فيما تصرف في ملكه، ورأيه يبطل بموته، فلم يثبت حق البيان للوصِّي والقاضي؛ فلأن لا تثبت بالقرعة[٨] التي لا علم لها ولا رأي أولى، وهذا لأن في البيان ضرب إيجاب حق؛ لأن العتاقَ الثابتَ مجهولا غير ثابتٍ في حق العين منهم على ما مرَّ، وإنما يثبت[٩] حال البيان، وإنه معتبر بالابتداء في حقه حتى لم يصح بعد موته على ما مرَّ؛ ولأن أهل

[١] «ن» (وفي).
[٢] «س»، «أ» (ابتداء).
[٣] في «أ» (بعينه).
[٤] «أ» (وارثه).
[٥] «ن» (لقاضي).
[٦] «ن» (وصي).
[٧] «أ» (امرأتيه).
[٨] «أ» (للقرعة).
[٩] «أ» (ثبت).

الجاهلية كانوا يستعملون القرعة في قمارهم ، بجعل من خرجت له القرعة مستحقا لما سمي له ، وهذه القرعة تجعل العين[١] مستحقا كذلك بعد ما لم يكن بعينه مستحقا ، فإنه أوجبه لنكره من الجملة غير عين ، فالعتق يصح في المجهول ؛ لا أنه كان ثابتا لعين مجهول فيتبين بالقرعة ، بل كان ثابتا في مجهول ، والآن يتعيّن بالبيان ، وكذلك لو كان ثابتا لعين وجهل لم يجز التعيين بالقرعة ؛ لأن ذلك المجهول بعد أن كان عينا لا يجوز أن ينقل الحق عنه إلىٰ غيره ، ولا يظهر تعينه إلا بالتذكّر[٢] ، وأنه لا يجيء من القرعة.

❖ **فإن قيل:** كان في القمار[٣] وجوب الحق لنفسه[٤] بالقرعة.

❁ **قلنا:** نعم ، وكان فيه وجوب المستحق أيضا ، فلما بطل وجوب الحق ؛ لأنه حكم مبتدأ ، فكذلك في وجوب المستحق.

ولأن الحق[٥] في حق العين معتبر[٦] بالمبتدأ عند البيان ، حتىٰ لم يصح في الميت الذي لا يقبل الابتداء ، بخلاف استعمال القرعة في القسمات[٧] ؛ لأنها عندنا لنفي تهمة القاضي ، وتطييب النفوس لا غير ، وذلك أن[٨] للقاضي بعد تعديل الأنصباء ولاية أن يلزم أي نصيب شاء ممن شاء[٩] بغير قرعة ،

[١] «ص» (الغير).
[٢] «ن» (التذكرة).
[٣] «ص» (الضمان).
[٤] «أ» ، «ن» (بنفسه).
[٥] «ص» (العتق).
[٦] «أ» (معتبرا).
[٧] «ص» (القسمة).
[٨] «أ» (لأن).
[٩] «أ» (يشاء).

فكذلك بعد القرعة بعين تلك الولاية ، وإنما فائدة القرعة انتفاء التهمة ، فالقاضي قبل ذلك ربما يقال له: إنه مال إلىٰ واحد ، وهذه التهمة تجيء من قِبَل رأيه ، فلا تنتفي إلا بجاهل لا رأي له ، وهو القرعة.

فأما[١] حديث التسوية بين الورثة والموصَىٰ لهم ، فأصْلٌ صحيحٌ ما أمكن[٢] التسوية بينهم ، فأما عند التعذُّر فجائز تقديم الوصية. ألا ترىٰ أنه إذا مات ولم يترك إلا ألف درهم دينا ، وأوصىٰ بثلثها لمن عليه ، ملك وبرئ كما مات ، ولا يصل إلىٰ الورثة حقهم إلا بالأداء ، وكذلك لو كان الدين علىٰ أحد الورثة تعجَّل[٣] نصيبه ، وهذا لأن التأخير أهون[٤] من الإبطال ، وأنت تبطل حق بعض الموصىٰ لهم ، وكذلك حق العتق أقوىٰ من حق الملك. ألا ترىٰ أنه إذا أعتق شقصا له من عبد[٥] وهو موسر عتق كله ترجيحا للعتق علىٰ الملك ، وتأخر حق صاحب الملك عن عينه إلىٰ ضمان في الذمة ، لا يصل إليه ما لم يستوفِه منه ، فجاز ذلك في حق الوارث بل أولىٰ ؛ لأنه دون المالك الحقيقي ، وكذلك عندي ، وإن كان معسِرا يجب تكميل العتق بالسعاية ، ويقصر يد المالك عن العبد للحال ؛ ولأن الثلث إذا ضاق عن الوصايا وفيها عتق منفذ[٦] كان العتق أولىٰ.

علىٰ أن أبا حنيفة ﵁ يجعل العبيد مكاتَبين كلهم للحال بثلثي قيمتهم ، والمكاتب لا تكون رقبته إليه واصلة ، فإنه عبدٌ ما بقي عليه درهم ، إنما يكون له

---

[١] «ن» (وأما).

[٢] «ص» (أمكنت).

[٣] «ن» (فعجل).

[٤] «ص» (أفضل).

[٥] «ن» (عبده).

[٦] «ن» (متعد).

التكسُّبُ للحال، وإنما هو موصًى له برقبته لا بمكاسبه[١]، فلم يصل إليه لوصيته[٢] شيء ما لم يؤده، ويصل الثلثان إلى الوارث، ولم نجد للتسوية[٣] بلا إبطال أوفق من حال الكتابة.

فأمّا الجواب عن الخبر فإنه ورد في الوصية بالعتق على أن للوصي[٤] خيار التعيين، بدليل أن الراوي قال: فأعتق رسولُ الله الاثنين، وحقيقته للإنشاء وذلك فيما إذا كان وصية بالعتق.

❁ **فإن قيل**: على أصلي ما لم يتعيَّن لم يكن إعتاقا، كما قال أبو حنيفة في العبد الواحد: إنه لا إعتاق ما لم يؤد السعاية.

❁ **قلنا**: بالتعيين ينفذ العتق الأول عندكم كما عندي بأداء السعاية، ويكون بمنزلة شرط الحنث في اليمين بالعتق، لا أنه يكون إعتاقا بنفسه.

ويكون على هذا التأويل قوله: وردّ أربعة[٥] في الرق مجازا أي: قررهم على الرق، ويكون قول الراوي في: (رجلٍ أعتق ستة أعبُدٍ)، مجازا أي: أوصى بالعتق، فيكون فيه قولا[٦] بحقيقة إعتاق عن رسول الله، ومجاز[٧] الرد في الرق وإعتاق المريض، فلا يكون هذا بأدنى[٨] من قولهم، يدل عليه أن محمد بن

---

[١] «أ» (لمكاسبه).

[٢] «ص» (من وصيته).

[٣] «ن» (التسوية).

[٤] «ن» (للمولى).

[٥] «ن» (أربعا).

[٦] «س»، «أ» (قول)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٧] «أ» (ومجازا).

[٨] «أ» (أدنى).

الحسن ﷺ روى هذا الحديث، ثم أفتى على ما حكينا، فدل أن تأويل الحديث ثبت عنده على ما أفتى، فإنه ما كان يخالف حديثا يرويه.

والدليل عليه: أن رسول الله لم يستفسِر عن قيمتهم، والظاهر أنها تكون على التفاوت، ولن يجوز الجمع في اثنين مع التفاوت إلا على ما قلناه؛ إلا أن النبي عليه السلام استعمل القرعة تطييبا لقلوبهم، وجائز في مثله عندنا.

والوجه الآخر: «فأعتق رسول الله عبدَين» أي: عبدين غير عين[١]، فإن الرجل كان أعتقهم جميعا، فأخبر النبي عليه السلام أنه لا[٢] يصح إلا في عبدين غير عين منهم؛ ليكون ثلث الجملة، فإن عبدين عينين[٣] لا يكون ثلث الجملة إلا بعد تساوي القيم، والنبي عليه السلام لم يستفسِر عن القيم، والظاهر أنها على التفاوت، فتصح الوصية كلها فيكون أربعة أرقاء على هذا الوجه غير عين[٤]، كأن المريض قال: أعتقت اثنين دون أربعةٍ، فإن اثنين منهم يعتقان ويكون أربعة أرقاء، وإليه البيان، وإذا مات شاع بحكم عدم البيان على ما مرّ.

والدليل عليه: ما روى أبو بكر الرازي(٥) بإسناده هذه القصة، وروى: «فأعتق رسول الله ثلث أولئك العبيد»(٦).

يبقى علينا تأويل قوله: «فأقرع بينهم»: فمنهم من يقول: «فأقرع»، أي:

---

[١] «ص» (عينين).

[٢] «ن» (لم).

[٣] «ص» (عينان).

[٤] «ص» (أعيان).

(٥) شرح مختصر الطحاوي (٨/٣٣٠).

(٦) رواه مالك في الموطأ (٥/١١٢٤) وسعيد بن منصور في سننه (٦/١٤٦).

وفق النظر. من قولهم: فلانٌ قَرِيعُ دهرِه، وإذا[١] ثبت هذا لغةً، فجائز أن يقال: لأنه ﷺ كان يعتق برأي نفسه[٢]، أو تكون رواية «فأقرع» غير ثابتة؛ لأنه يبيح القمار فيكون ساقطا، بنص الكتاب، أو بالرواية التي روينا: «**فأعتق ثلث أولئك العبيد**»(٣)، ولا يُتصوَّر القرعة في مثله.

ويحتمل: «فأقرع»، أي: فأسهَم بينهم، أي: بين العبيد والورثة، أي: جعل المال سهاما ستة، فجعل عبدين غير عين[٤] للعتق، أي: سهمين، وأربعة غير عين للورثة، بحكم الرد في الرق[٥]، والله أعلم.

---

[١] «ص» (فإن).

[٢] «ص» (برأيه).

(٣) سبق تخريجه.

[٤] «ص» (فإن).

[٥] «ص» (العتق).

فصل الحكم

للعتاق حكمان خاصان: الولاء والضمان للشريك، فإنه مما يجب على الموسِر دون المعسِر. فنبدأ بالضمان:

|٧٩٤| **مسألةٌ**: قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: المريض الموسر إذا أعتق عبدا بينه وبين غيره ثم مات، لم يؤخذ من التركة الضمان.

وقال صاحباه[١]: يؤخذ؛ لأنه ضمان إتلاف ملك أو إفساده فلا يسقط بالموت، كمن أحرق ثوب إنسان أو خرّقه.

وإنما قلنا: إنه ضمان إتلافٍ أو إفساد؛ لأنه يعتق كله على أصلهما[٢] فيكون إتلافا، وعلى[٣] أصل أبي حنيفة رضي الله عنه يفسد ملكه؛ ولأنه دَين وجب عِوضا فلا يسقط بالموت، كالثمن وضمان الغصب.

وإنما قلنا: وجب عِوضا أنه ملك كما وجب، بدليل: أن الزكاة تجب فيه من حين الوجوب، وما يجب صلةً فلا زكاة فيه حتى يحول الحول بعد القبض، كالنفقة يقضى بها للمرأة، وكما لو أعتقه في الصحة والمسألة بحالها، وكان يجب أن لا يسقط بالعسر إلا أنا أسقطناه بالنص، بخلاف القياس فلا يجوز الاستدلال به؛ ولأن كلامنا في الموسِر، فإن اليُسر لا يبطل بالمرض؛ لأن الملك لا يزول به. ألا ترى أنّ نفقة الأقارب[٤] بسبب اليسر تؤخذ منه في مرضه، وكذلك الزكاة

[١] «ص» (وقالا).

[٢] «ن» (أصله).

[٣] «ن» (على).

[٤] «ص» (الوارث).

تلزمه، وكذلك نفقة الموسِرين في حق المرأة تلزمه.

واحتج أبو حنيفة في الأصل: بأن الضمان يكون من مال الوارث، كما احتجوا للزكاة أنها لا تؤخذ من التركة؛ لأن المال صار للوارث، فأشار إلىٰ تلك الطريقة، والطريق في تلك الديون ما ذكرنا في كتاب الزكاة أنها ديون وجبت صلاتٍ؛ فليكن الطريق ههنا أيضا أن ضمان العتق يجب صلةً، فلا يتعلق بالتركة، ولا يترتَّب الإرث علىٰ استيفائها كالخراج، ونفقة المرأة وزكاة ضمنها بالاستهلاك ونحوها، علىٰ ما مر بيانه، فيصير المال للوارث صَفْوًا، فلا يؤخذ الدين من ماله كما لا يؤخذ من كسبه. وإنما يحتاج ههنا إلىٰ تثبيت أنه يجب صلةً.

فالدليل عليه: أنه يسقط بالعُسر، والديون التي تجب أعواضا لا تسقط بالعسر كدين الإتلاف والثمن، وإنما يسقط بالعسر الصلات كالنفقات والكفارات ونحوها، ولما ذكرنا أن إعتاقه لا ينفذ إلا في نصيبه وأنه مما يتجزأ، وكان ينبغي أن لا يضمن شيئا علىٰ هذا الطريق.

❁ فإن قيل: أليس قد أثبت للعبد حق العتق في الباقي حتىٰ امتنع علىٰ المالِك تمليكه وإبقاؤه، فصار[1] متعديا[2] من هذا الوجه.

❁ قلنا: نعم ولكنه تعدَّىٰ من حيث إثبات حق العتق، وحق العتق يكون ثابتا في الرق دون المالية المملوكة، والرق ليس بمال علىٰ ما مر، فلا يُضمن بالمال، وإنما الضمان للمالية وقد احتبست علىٰ العبد، فكان ينبغي أن يكون الضمان عليه كما في حال العُسر، إلا أن الشرع جعل علىٰ المعتِق حَمَالةً علىٰ[3]

---

[1] «ن» (صار).

[2] «ص» (منعدما).

[3] «ن»، «أ» (عن).

العبد، فكان له حكم الصلات من هذا الوجه، كالدية[١] التي تتحمّلها العاقلة عن القاتل خطأ، ومن حيث إن المعتق[٢] أفسد المالية أشبهَ ضمان إتلاف المال والمعاوضات[٣]، فتدل هذه الوجوه أن الضمان يلزمه صلة، إلا أنه ينقلب عِوضا بعد الوجوب عن المالية المملوكة؛ لأنه استحقه جُبرانا لماله[٤]، فكان عوضا في حق الشريك باعتبار ماله الذي هو سبب الاستحقاق له، وهو النصف الذي كان له، وكان صلة في حق المعتق[٥]؛ لاعتبار سبب الوجوب، وهو إعتاق نصيبه والجناية على الرق، فتدل هذه الوجوه أن الضمان يلزمه صلة، إلا أنه ينقلب عوضا بعد الوجوب عن المالية المملوكة؛ كالهبة بشرط العوض تنعقد صلةً، ثم تنقلب عِوضا بالقبض، وكذلك الكفالة على أصل أبي حنيفة تنعقد صلةً، ثم تنقلب عِوضا، فلهذا ملكه الشريك قبل القبض ولزمته الزكاة.

ولا يلزم إذا كان الإعتاق في الصحة؛ لما ذكرنا أن الصلة إنما تعتبر في حق المعتق حال الوجوب عليه، فمتى تم وصار للشريك صار عِوضا، فإذا كان في الصحة وتم الوجوب للشريك وصار عوضا، فجاء المرض وحكم الصلات ساقط، فأما إذا كان[٦] في المرض فقد انعقد صلةً على المعتق، فيبقى حكم الصلة معتبرةً؛ كأنها علّقت بالموت صيانةً لحق الورثة.

ألا ترى أن الهبة إذا كانت في الصحة وقُبضت لم تُعتبر بالوصية، وإذا

[١] في «أ» (بالدية).

[٢] «ن» (العتق).

[٣] «ن»، «ص» (والمعاوضة).

[٤] «أ» (لمالية).

[٥] «ص» (العبد).

[٦] «ص» (كانت).

كانت في المرض اعتبرت بالوصية، ثم الديون التي هي صلات عند الموت لا تُبطل حق الورثة بوجه، فكذا هذا الذي وجب صلةً في المرض وانقلب عوضا، اعتبر بالباقي كذلك صلة إلى وقت الموت، وما[١] انقلب عوضا قبل المرض لا يعتبر بالباقي صلة، فصار الانقلاب عوضا فيما نحن فيه بمنزلة القبض للهبة، ثم حجْر المريض بسبب الورثة لا يظهر في هبة قُبضت في الصحة، فكذا في دين انقلب عوضا.

﴿ فإن قيل: المريض إنما حجر عن الهبة فوق الثلث[٢] لحق[٣] الورثة، وحقهم يتعلق بماله بمرض موته، فلذلك[٤] وجب نقضها[٥] إذا مات واعتبر المعلق[٦] بالموت، وأما[٧] الدين الذي يجب صلة فلا يبطل بالموت لحق الورثة؛ بدلالة أنها لا تؤخذ من التركة وإن لم يدعَ وارثا، والهبة لا تنقض إذا لم يدعَ وارثا، وإنما تبطل لضعف السبب في نفسه إذا كان صلةً، فإذا انقلب عِوضا قوي.

﴿ قلنا: لما كان دين الصلة لا يتعلق بالتركة، وينقطع بالموت، والمرض سبب الموت، انعقد سبب وجوب الصلة موقوفا على الانقطاع بالموت؛ لأن سبب الموت قائم والموت مسقط، فأما إذا لم يكن سبب الموت قائما لم يعتبر

[١] «ن» (والذي).
[٢] «س» (الميت) والمثبت من «أ».
[٣] «ن»، «أ» (بحق).
[٤] «أ» (فكذلك).
[٥] «ن» (بعضها).
[٦] «ن»، «أ» (بالمتعلق).
[٧] «ن» (فأما).

فيه حكم السقوط بالموت للحال، فينقلب عوضا على حكم سائر الأعْواض، كهبةٍ قُبضت في الصحة فتكون[١] على حكم سائر الكسوب؛ لأنه خرج عن[٢] ملكه قبل ثبوت حق الإرث، فتم الخروج خاليا عن حقهم فلم[٣] يبطل بحقهم، وإذا كان في المرض وحقهم يثبت بالموت، وسبب الموت قائم انعقدت الهبة، ونفذت على شرط أن لا تلاقي حقهم، فإذا مات وتم سبب الإرث، وصارت الهبة ملاقيةً حقَّهم نُقضت.

فنقضان السبب فيما نحن فيه لكونه صلة، وتمام الصلات بالقبض، كعدم[٤] انبتات[٥] الهبة بملاقاة[٦] حقهم[٧] وإن قُبضت[٨].

وشبهة المسألة: أن أبا حنيفة ﷺ جعل السقوط بالعُسر معلولا بعلة الصلة، كيلا يكون السقوط بخلاف القياس، وقد يكون لضمان التعدي حكم الصلات، كالدية عن قتل الخطأ لها حكم الصلات، حتى لا تصح الكفالة بها، ولا زكاة فيها إلا أن يحول الحول بعد القبض، وأعرض عن السبب فإنه إتلافُ مالٍ مع كونه إتلاف رقٍّ، وهما: جعلا ضمان العتق ضمان عوضٍ بالإتلاف وأنه قياس، وجعلا السقوط بالعُسر بخلاف القياس، فتثبت[٩] المعاوضة[١٠]، ويبقى

[١] «أ» (تكون).
[٢] «ص» (على).
[٣] «ن» (فلا).
[٤] «ص» (لعدم).
[٥] «ن» (انتياب).
[٦] «ن» (لملاقاة).
[٧] «ن» (حق الورثة).
[٨] «ن»، «ص» (الهبة).
[٩] «أ» (فثبت)، «ن» (فثبتت).
[١٠] في «أ» (المعارضة).

الإشكال والترجيح لأبي حنيفة رحمه الله لما[١] مر أن الإعتاق تعدٍّ على الرق؛ لأنه نقيضه، والرق لا يضمن مالا بالإتلاف؛ لأنه ليس بمال كملك النكاح.

ألا ترى أن من أعتق عبدَه على مالٍ اعتبر مبادلة مال بلا مال، حتى يثبت الحيوان عنه دينا في الذمة، وكان في حكم المهر، فيدل هذا على أنه صلة، ولهما: أن الإعتاق تصرُّف في المال إلى العبد، والتصرف[٢] في المال أصْل. ألا ترى أن من أكره آخر[٣] على إعتاق عبده بالسيف فأعتق، ضمن هذا المكرِه مالية[٤] العبد، كأنه أكرهه على القتل، والله أعلم.

|٧٩٥| مسألةٌ: عبدٌ بين اثنين قال أحدهما: إن دخلتَ الدار اليوم فأنت حرٌّ، وقال الآخر: إن لم تدخلها اليوم فأنت حر، فمضى اليوم ولا يُدرى، فإن العبد يسعى في نصف قيمته بينهما، وهو حر عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمد رحمه الله: يسعى في كل القيمة[٥]؛ لأن الذي عتق عليه العبد مجانا مجهول، ولا يُمكن القضاء على مجهول فسقط[٦] اعتباره، كما لو كانت المسألة من كل واحد[٧] منهما في عبد على حدة، إلا أنه يسعى؛ لأن كل واحد منهما يقر على صاحبه بأنه أعتقه، كما إذا شهد كل واحد منهما على صاحبه بالإعتاق،

---

[١] «ن»، «ص» (بما).

[٢] «ن» (فالتصرف).

[٣] «س»، «أ» (آخرا)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٤] «ص» (لمالية).

[٥] «ص» (في جميع قيمته).

[٦] «ص» (فيسقط).

[٧] «ص» (من الواحد).

وكما إذا قال لصاحبه: بعتك نصيبي إن لم أَبِعْكَه فهو حر، وقال الآخر: ما اشتريته، إن اشتريته فهو حر، فإنه يسعىٰ في جميع القيمة.

إلا أنا نقول: تيقّنّا[١] بعتاق نصف العبد مجانا فلا يبقىٰ لنا وجه تغريمه، كمن طلّق إحدىٰ امرأتيه قبل الدخول بهما[٢] ثم مات قبل البيان، سقط نصف المهر ولا يؤخذ من التركة؛ لأن الطلاق صحيح مع الجهالة، ومسقط لنصف[٣] المهر يقينا فلم يمكننا[٤] تغريم[٥] الورثة مع العلم بالمسقط يقينا.

ولا يلزم إذا كان العبد عبدين؛ لأنا شككنا في كل عبدٍ أنه الذي عتق مجانا[٦]، وبالشك لا يجب القضاء، فأمّا مسألة الشهادة فتلك فيما إذا كانا معسرين، والوجه فيه أنا لم نتيقّن بشيء من العتق مجانا؛ لأن شهادة كل واحد منهما علىٰ صاحبه غير مقبولة، مع إقرار كل واحد منهما بفساد نصيبه وإعتاق الآخر، وذلك ليس بإقرار بفساد نصيبه مجانا، بل بسعاية علىٰ العبد، حتىٰ إذا كان أحدهما موسرا، لم يسع العبد إلا في نصيبه دون نصيب المعسر؛ لأن المعسر ليس يدعي علىٰ العبد شيئا، بل يدعي علىٰ شريكه ضمان نصيبه بإفساده.

وأما مسألة البيع والشراء فهي في مسألة الجامع، وفي رواية أبي سليمان: أن العبد يسعىٰ في نصف القيمة، وهو الصحيح؛ لأن البائع يدعي ثمنا علىٰ

---

[١] «أ» (تبعنا).

[٢] «ص» (بها).

[٣] «ص» (وسقط نصف).

[٤] «أ»، «ص» (يمكنا).

[٥] «س» (تقديم)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٦] «ص» (أم صاحبه).

الشريك ، ولا يدعي قِبَل العبد غُرما ولا مُلكا ، فكان كشريكين شهد كل واحد منهما على صاحبه بالعتق ، وأحدهما موسِر والآخر معسِر ، فإن العبد يسعى في نصف قيمته للموسر عندهما ؛ لأن المعسر يدعي ضمانا على الموسر لا على العبد.

فأما الجواب عن قوله: إن المقضي عليه مجهول ، فإن الجهالة يمكن رفعُها بالتوزيع إذا كان الحكم مما يقبل التوزيع ، كما رُفعت في مسألة سقوط المهر ، وكمن أعتق أحد عبديه ، ثم مات بغير[١] بيان رُفعت الجهالة بالتوزيع ، وهذا لأن جانب المستحق له متى كان معلوما ، والسبب ثابت له ، وجانب المستحق عليه مجهول ، فمتى رُجّح[٢] جانب المقضيِّ عليه على[٣] المقضي له بطل حقه[٤] أصلا في استحقاق البراءة ، ومتى رُجّح[٥] جانب المقضيِّ له وأبطلنا حكم الجهالة بالتوزيع ، لم يبطل حق المقضيِّ عليه أصْلا ؛ لأن حقه في استحقاق الضمان ، وقد أصاب بعضه ، وإنما سقط بعضه لا غير ، والضرر مدفوع في الإسلام ، فصار اعتبار هذا الجانب أولى.

ولأن في هذا عملا بالحقيقة ، ولا شك في سقوط نصف السعاية عن العبد ، وفي اعتبار الجانب الآخر عمل بالشك والاحتمال.

❁ فإن قيل: هذا بخلاف الطلاق والعتاق الذي ذكر ؛ لأن طلاق إحداهما

---

[١] «ن» (من غير).
[٢] «ص» (فيرجع).
[٣] «ص» (جانب).
[٤] «ص» (حكمه).
[٥] «ص» (ترجح).

يتناول كل واحدة منهما بوجهٍ وكذلك العتاق، فأمكن إشراك[١] كل واحد منهما في حكمه، بحسب تناول السبب إياه، فأمّا ههنا فالحنث وقع لأحدهما بعينه، ما يتناول الآخر بوجه[٢] إلا أنه التبس علينا بالجهل، فلا يمكننا الإشراك في حكم السبب بالجهل، كمن طلق امرأة بعينها من امرأتين له، ثم مات ولم تُدر المطلقة منهما، وأنكرت كل واحدة منهما، لم يسقط شيء من المهر، وإن كان الوارث معلوما، والسبب المسقط ثبت[٣] يقينا؛ لأن المقضي عليها مجهولة، ولم يقل: إن الجهالة ترتفع[٤] بالتوزيع عليهما[٥] وهو الشبهة.

۞ قلنا: أمّا مسألة الطلاق فلا تُروىٰ علىٰ هذا التفصيل، ويجب أن يبرأ الوارث عن نصف المهر الأقل[٦] إذا ثبت علم ذلك للقاضي بطريقه.

والجواب عن الجهل: أنه يقابله علمه بسقوط نصف السعاية عن العبد يقينا، فرجحنا العلم علىٰ الجهل؛ لما ذكرنا من قلة الضرر فيه، والمسألة فقهية دقيقة.

فمحمد رحمه الله أثبت[٧] المعارضة بين العلم والجهل، فامتنع عن القضاء، والمعارضة ثابتة بين المقضيِّ عليه وله، فلا بد منهما، وأحدهما مشكوك فيه والآخر معلوم. وهما رجّحا جانب العلم بقلة[٨] الضرر.

[١] «ن» (اشتراك).
[٢] «ن» (لوجه).
[٣] «ص» (ثابتا).
[٤] «ن» (ترفع).
[٥] في «أ» (عليها).
[٦] «ص» (الأول).
[٧] «ص» (رأىٰ ثبوت).
[٨] «ن» (بعلة).

ومثاله: ما ذكر في العتاق في عبدٍ بين ثلاثة نفرٍ أعتقه أحدهم، ودبّره الآخر، ولا يُدرىٰ أيهما أول، استحق المدبِّر ثلث قيمة العبد مدبرا، نصفه علىٰ المعتق ونصفه علىٰ العبد؛ لأن العتاق إن كان سابقا فضمان الثلث مدبرا علىٰ العبد، وإن كان لاحقا فالضمان علىٰ المعتق إذا كان موسِرا، فصار سبب الضمان للذي دبر ثابتا يقينا، وجُهل المقضي عليه فرُفع بالتوزيع، ورُجح جانب العلم، وعذر محمد: أن الإعتاق هو سبب ضمان علىٰ الشريك، وقد ثبت منه وتناوله، إلا أنه يبرأ[١] عن الضمان بطرَيان التدبير عليه وذلك متردد، فسقط النصف بحكم تردد المستحق، فإنه لا يستحقه إذا دبره بعده[٢] فبقي القضاء علىٰ المعتق لا بالجهالة بل بعد تعّين[٣]، وكذلك العبد ضامن للثلُث بسبب احتباس الملك لديه، وهذا السبب ثابت ولكنه يبرأ بطريان العتق علىٰ التدبير، وحوالة الضمان إلىٰ المعتق، وإنه متردد فثبت النصف، وبقي الباقي بسبب تعين لا بجهل، فأما ههنا فالمقضي عليه ببراءة العبد لا يكون إلا بجهل، والله أعلم.

|٧٩٦| **مسألةٌ**: من الولاء، أعجمي أسلم ووالىٰ رجلا أو لم يوال، فتزوج بمعتَقة فولدت منه، كان الولد مولىٰ لموالي أمه عند أبي حنيفة ومحمد رَحِمَهُمَاٱللَّهُ تَعَالَىٰ.

وقال أبو يوسف ﷺ: لا يكون؛ لأن الأب حر فيمنع[٤] الانتساب إلىٰ الأم بالولاء[٥]، كما لو كان عربيا أو كان معتقا. وهذا لأن الولاء كالنسب وتبع[٦] له؛

---

[١] «ن» (برأ).

[٢] «ن» (دبر خلفه).

[٣] «ص» (تعينه).

[٤] «أ» (فمنع).

[٥] «ص» (بالأم).

[٦] «ن» (وبيع).

لأن الحكم به مؤخر عن النسب، وإنما يثبت على مثل حكم النسب، وإذا[1] كان الأب حرا استفاد الابن بنسب الأب ما يطلب من الولاء، ولو استفاد ذلك بالولاء، نحو أن يكون معتقا منع ولاء الأب اتباع الأم، فإذا استفاد بالنسب كان أولى؛ لأنه فوق الولاء، فأما إذا كان الأب عبدا فلا يستفيد بنسبه ولاية ولا حكما، فيثبت بالولاء من قبل الأم.

إلا أنا نقول: ولاء الموالاة لا يعارض ولاء العتاقة؛ لأن ولاء الموالاة ضعيف اختلف فيه، ويؤخر في الإرث عن ذوي الأرحام[2]، وولاء العتاقة متفق عليه، ويُقدم على ذوي الرحم، فيسقط[3] اعتباره في معارضة ولاء العتاقة، وصار كأن الأب لا ولاء له أصلا. والخلاف ثابتٌ فيه، فنتكلم ههنا، فنقول:

إن الولاء في حكم النسب، ويثبت به زيادة فائدة، ووُصلة للولد في العقل، والنصرة، والإرث، وشرف أيضا، فإن الوجود الحِسِّي بالإيلاد، والحكمي بالإعتاق، والمعتق أحد أبويه فيثبت النسب من الأب والولاء من الأم؛ ليثبت له شرفان، فإنه لا ولاء للأب ليستفيد ثمرة الولاء من جهته، فيستفيد من الأم كما إذا عدم نسب الأب انتسب إلى الأم، وإذا كان الأب له ولاء عتاقةٍ استفاد ثمرة الولاء والنسب من جهته، فلا يثبت من جهة الأم، فإنما يصير الأب مانعا من الأم إذا كان له ولاءٌ لا بالحرية وحدها، وبالحرية لا يثبت للولد فائدة الولاء، وإن ثبتت الولاية بالنسب؛ لأنه بالولاء ينتسب إلى قوم آخرين، وتثبت أحكام بينهم بالولاء ما كانت تثبت بالنسب، ويتشرف بهم فإن مولى القوم منهم، بخلاف

---

[1] «ن»، «ص» (فإذا).

[2] «ن» (الرحم).

[3] «ن» (فسقط).

ما إذا كان الأب عربيا ؛ لأن للعرب شرفا ليس للعجم ذلك ، فلو جُعل الولد بالولاء منتسِبا إلىٰ العجم لَلَحِقه بهذه النسبة نوع منقَصةٍ ، ينعدم إذا خلصت النسبة إلىٰ العرب ، فأما إذا كان الأب أعجميا فيزداد بنسبة الولاء شرف لم يكن بالنسَب من طريقة أخرىٰ ، فلا يقع بينه وبين النسب مدافعة بوجهٍ إذا لم يتضمَّن ثبوته منقَصَة في شرف النسب ، والله أعلم.

مسائل الكِتابَة

مسائلها الخلافية تُبتنى على معرفة:

* شرط الكتابة.

* وحكمها.

فصل الشرط

|٧٩٧| مسألةٌ: قال علماؤنا رحمهم الله: الكتابة الحالَّة صحيحة. وقال الشافعي(١) رحمه الله: الأجل شرط لا تصح بدونه.

والمسألة ذكرناها في البيوع بعد مسألة: المشتري إذا مات مُفلسا، وقد كان قَبَض المبيع، هل للبائع حق فسخ البيع أم لا ؟

|٧٩٨| مسألةٌ: الكتابة على وصيفٍ[٢] مُطلقٍ تجوز عندنا. وعند[٣] الشافعي(٤) رحمه الله: لا تصح إلا بشرط الإعلام بالوصف، والمسألة مرَّت في النكاح على وصيفٍ[٥]، والإعتاق العبد على وصيفٍ.

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (١٨/١٤٦)، «نهاية المطلب» (١٩/٣٤٣).

[٢] في «أ» (وصف).

[٣] «ن»، «ص» (وقال).

(٤) انظر: «الأم» للشافعي (٨/٤٧).

[٥] «ن» (وصف).

[٧٩٩] **مسألةٌ**: إذا كاتب عبده على ألف درهم على أن يرد[١] وصيفا، فالمكاتبة[٢] فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله بسبب هذا الشرط.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا تفسد، ويقسم الألف على قيمة المكاتب وقيمة وصيف وسط، فما أصاب الوصيف طرح عن المكاتب ذلك، وتصح الكتابة بالباقي بعده، وتلك الجهالة الثابتة للباقي لا تمنع صحة الكتابة؛ لأنها جهالة وصيفٍ مطلق؛ لأن المستثنى منه إنما يصير مجهولا بقدر جهالة المستثنى.

ألا ترى أن المستثنى لو كان معلوما كان المستثنى منه معلوما أيضا، وجهالة[٣] المستثنى فيما نحن فيه جهالة وصِيفٍ[٤]، فكذلك جهالة المستثنى منه، وهذه جهالة لا تمنع صحة الكتابة كما لو كاتب[٥] على وصيف.

إلا أنهما يقولان: إن هذا بمنزلة الكتابة على قيمة وصيف، وإنه باطل ذكره في الجامع الصغير، وكما يصح النكاح على عبد، ولا يجوز على قيمة عبد، والدليل على أنه بمنزلة الكتابة على قيمة وصيف: أنه ينعقد على الباقي بعد الاستثناء، والباقي بعد الاستثناء دراهم بقدر ما يبقى بعد التوزيع على قيمة الوصيف وقيمة المكاتب، لا على الوصيف نفسها، وإن كانت القسمة على الوصيف فالمسمّى الدراهم الباقية وهي مجهولة بحكم جهالة الوصيف، فيصير المسمى دراهم مجهولة القدر، فلا تصح كما لو كاتب على قيمة الوصيف،

[١] «ن» (رد).
[٢] «أ» (فالكتابة).
[٣] «ن»، «ص» (ثم جهالة).
[٤] «ن» (وصف).
[٥] في «أ» (كانت).

بخلاف نفس الوصيف، فإن الجهالة جهالة الوصيف لا جهالة القدر، وقد ذكرنا الفرق بينهما في كتاب النكاح، بين الوصيف وقيمة الوصيف، والله أعلم.

|٨٠٠| **مسألةٌ:** قال علماؤنا رحمهم الله: المكاتب إذا مات عن وفاءٍ[١]، حُكم بعتقه إذا أُدِّيت كتابته في آخر جزء من أجزاء حياته، وهو مذهب عليٍّ وعبدِ الله بن مسعود رضي الله عنهما.

وقال الشافعي(٢) رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: تبطل الكتابة، وهو مذهب زيد بن ثابت رضي الله عنه؛ لأن بقاء الكتابة للعتق الذي يحصُل بالأداء ولا شك فيه. فعندك إنما يبقى على أنه يعتق إذا أدى، ولا عتاق بعد الموت فلا تبقى الكتابة، كما إذا مات عاجزا، وهذا كالنكاح لا يبقى بعد الموت؛ لأن المستحق بالنكاح حِل التمتع بينهما، ولا يوصف الميت بهذا الحِل لا من جانب الرجل ولا من جانب المرأة، فينقطع العقد[٣] بالموت أو ينتهي، فكذلك فيما نحن فيه، وكذلك الأجير إذا مات بطلت الإجارة؛ لأن منافعه لا تبقى بعد موته.

والدليل على انعدام العتق بالموت: أنه إنما يوصف بالعتق من يوصف بالرق؛ وبأنّه[٤] مملوك، والميت لا يوصف بالرق، ولا بأنه مملوك لأحد؛ لأن الله تعالى حرمه البتة بمنزلة لحم الشاة الميتة، فقيام صفة أنه مملوك مرقوق شرط

[١] «ص» (ومن حكم الكتابة أنّها لا تبطل بموت المكاتب عن وفاء).

(٢) انظر: «الأم» للشافعي (٨/٩٠)، «روضة الطالبين» (١٢/٢٥٨).

[٣] «س» (القطع)، والمثبت من «أ»، «ن».

[٤] «ن» (ولأنّه).

لوقوع العتاق[١] وتصوره، وموت العبد بخلاف[٢] موت المولىٰ؛ لأن محل العتاق العبدُ[٣] وهو باقٍ، وإنما يحتاج[٤] من جانب المولىٰ إلىٰ الإعتاق، وإنه معتق إياه بما باشر من العقد[٥]، ويجوز أن يصير المولىٰ معتقا بعد موته[٦] بسببٍ وجد حال حياته، كما إذا أوصىٰ بأن يعتق عبده[٧] بعد موته، أو يشترىٰ له عبد فيُعتق عنه، وكذلك المدبَّر معتق عنه بعد موته بإيجابه، فأمّا من جانب العبد فلا يستقيم وقوع العتق عليه بعد الموت، كما إذا قال لعبده: أنت حر بعد موتك، أو أوصىٰ بعتق عبدٍ بعينه وهو يخرج من الثلث، فمات قبل الإعتاق ثم أعتقه الموصيّ، لم يعتق، وكذلك المحلوف بعتقه لا يعتق إذا وجد الشرط بعد موت العبد، وكمن أعتق أحد عبديه ثم مات أحدهما، تعيَّن الآخر للعتق، ولو أراد المولىٰ صرف العتق إلىٰ الميت لم يصح، وإن صار ذلك سببا لازما لعتق أحدهما، حتىٰ يُجبر المولىٰ علىٰ البيان، ولو مات قبل البيان عتق نصف كل واحد منهما عندكم، ولو بيّن في المرض عتق من جميع المال لا من الثلث.

وهذا لأن الشرع بقّىٰ للمالك حق تدارك ما فرّط في حياته بالوصية في أملاكه، ولما بقّاه حقا له بسبب المالكية وهو أمر بخلاف القياس، لم يجز قياس

---

[١] «ن»، «ص» (العتق).

[٢] في «أ» (يخالف).

[٣] «ص» (هو).

[٤] «ن» (يحتاجهم).

.

[٥] «ص» (العتق).

[٦] «ص» (الموت).

[٧] «ص» (عنه).

المملوك عليه، فلم يثبت له بعد الموت ما كان يصير له بناء على أنه مملوك، وعلى هذا إذا رمى صيدا فأصاب[١] بعد الموت ملكه[٢]، ولو أصاب الصيد بعد الموت لم يصر ملكا[٣]، أو نقول: إن الشرع بقى الميت مالكا حكما بخلاف القياس؛ كرامةً له لتدارك ما فرّط في حقوق الملك، وخلافنا في تبقية الميت مملوكا، وأنه باب آخر؛ ولأنه ليس في تبقيته مملوكا تدارك أمر، ولا نفع[٤] يعود إليه.

ووجه ما ذهب إليه عليٌّ وعبد الله ﵄: أن المكاتب أحد عاقدي الكتابة، فلا تبطل الكتابة بموته قياسا على الآخر، وهذا لأنه عقد معاوضة ومساواة.

والفقه فيه: أن الكتابة عقد معاوضة وتمليك على سبيل الاستحقاق واللزوم، فإن المكاتب ملك بها يده وتصرفه من حيث الاكتساب، ومكاسبه من حيث اليد والتصرف أيضا على سبيل اللزوم، والمولى ملك في مقابلته مال الكتابة من حيث يطالبه[٥] بذلك ويحبسه عليه، وإن لم يملك أصل المال عليه، وثبت للمكاتب بما ملك حق أن يؤدي الكتابة من ملكه، فيُحرز به نفسه وحريته، كما ثبت للمولى حق أن يقبض فيتمم ملكه في أصل المال، فهذا يتمم بالقبض ملكه في رقبة المال، والمكاتب يتمم إحراز نفسه بالأداء من ملكه، فكان لكل[٦] واحد حق ثابت قبل صاحبه بالعقد بحق المالكية الثابتة بهذا العقد، ثم ما للمولى

---

[١] «ص» (بعد).

[٢] «ن» (ملك).

[٣] «ص» (لم يملكه).

[٤] «أ» (يقع).

[٥] «أ»، «ص» (مطالبه).

[٦] «أ» (الكل).

لا يفوت بموته ، بل يقوم بنائبه بعد موته ؛ لأن القبض باب يحتمل النيابة ، فكذا[١] ما للمكاتب لا[٢] يفوت ؛ لأن الأداء باب يحتمل النيابة ، والتركة خلف عن الذمة في الديون المالية التي هي أعواض بلا خلاف ، فأما قوله: إن الأداء لا يبقىٰ بلا عتق ، ولا عتق بعد موت المكاتب ، والتركة لا تنوب عنه في قبول العتق ، فهذا كله مسلَّم ، والمكاتب عندنا يعتق وهو حي ، ويجعل[٣] ميتا حرا[٤] بعد الأداء.

❁ **فإن قيل:** إعتاق المكاتب لا يجوز إلا بعد الشرط ، وهو الأداء أو الإبراء ، والأداء إنما يقع بعد الموت وهو الشبهة.

❁ **قلنا:** ما يثبت للميت بعد موته من تصرفاتٍ أو أحكام لا يتصور مع الموت ، ولكنه صحيح من أحد طريقين: إما من طريق الإثبات من آخر جزء من أجزاء حياته ؛ ليكون من الحي فيصح ، أو يُجعل كأنه عاش إلىٰ حال الوجود حكما ، فيُستبقىٰ إلىٰ حال حياته حكما ، فإن الميت علىٰ اعتبار حقيقة الموت لا يستقيم إعتاقه ، فإنه لا يعتق حقيقة ولا حكما ؛ لأنه يُبتنىٰ علىٰ الملك ولا مِلك له ، حتىٰ إذا قال لعبده: أنت حر بعد موتي بيوم ، لم يعتق بكلامه ، ولما بقي مالكا حيا حكما ، حتىٰ إنه يصح إعتاقه بعد موته ؛ لما ذكرت أنه مالك فأُكرم بإبقاء حكم مالكيته ؛ لتدارك أمر نفسه من ماله كأنه حي ، فكذلك المكاتب صار مالكا بقدر ما بينا ، فيبقىٰ كذلك مالكا بعد موته حكما ، كأنه حي لتدارك أمر حريته من ماله ، فإنه فوق براءة الذمة من الدين في حقوق الدنيا ، فالحرية رأس مال للحي[٥]

---

[١] «ن» ، «ص» (فكذلك).

[٢] في «أ» (إلا).

[٣] «ن» (ويجعله).

[٤] «ص» (متأخرا).

[٥] «أ» (الحي).

في أحكام الدنيا وكلامنا فيها، وإذا جُعل كذلك قَبِل العتق كما صح الإعتاق، بخلاف ما ذكر من المسائل، فإن العبد فيها ما ثبت[١] له حكم المالكية بوجه، والشرع بحق المالكية بقَّىٰ الحياة حكما بعد الموت، وإذا[٢] لم يكن مالكا فلا يبقىٰ بدونها، فلم يقبل العتق علىٰ تقدير أنه ميت، وعلىٰ هذا التقدير لا يتصور الإعتاق، ولا الملك، وإذا بقي علىٰ حكم المالكية بقدر ما كان له حال الحياة صح عتقُه؛ لأنه كان قابلا له حال حياته.

❊ **فإن قيل:** العتق غير مستحق للمكاتب عندكم.

❊ **قلنا:** إنما يستحقه عند الأداء كما يستحق البراءة، لا أن تكون البراءة مستحقة له بالمداينة[٣]؛ ولهذا قلنا: فيمن قال لعبده: إن أدَّيت إليّ ألفا فأنت حر، فجاء بألف أُجبر المولىٰ علىٰ القَبول؛ لما للعبد فيه من حق العتق، وإن لم يكن عليه شيء ليبرأ، وإن كان المولىٰ لا يُجبر علىٰ إيجاد شرط الحنث بحق اليمين، وأما قوله: لا يبقىٰ مملوكا بعد الموت فغير قويٍّ؛ لأن المالكية عن الميت أبعد من المملوكية، فالمالكية عبارة عن القوة والقدرة.

ولأن[٤] الجماد يكون مملوكا ولا يكون مالكا بحال، ثم لما جاز أن يبقىٰ مالكا حكما لاستيفاء حقوق المالكية من أملاكه، جاز أن يبقىٰ له قدر ما كان له من صفة المملوكية لاستيفاء حقوق المالكية من طريق الأولىٰ[٥]، وإذا كان كذلك قلنا: إذا أُديت كتابته صار ميتا حرا، أمّا علىٰ طريق أن يُجعل حكما كأنه

---

[١] «ص» (متىٰ).

[٢] «ن»، «ص» (فإذا).

[٣] «ص» (بالمكاتبة).

[٤] «ص» (لأنّ).

[٥] «ن» (الأخرىٰ).

حي إلىٰ حين الأداء أو إسناد الأداء بعد الوجود إلىٰ أول أحوال تصحيحه؛ لتدارك حقه في هذا العتق، وذلك آخر[١] أجزاء الحياة.

❁ فإن قيل: الشرع بقَّىٰ حكم المالكية والحياة لتدارك حقوقه من أملاكه، وههنا لا يمكن استيفاء الحرية إلا من نفسه المملوكة، وهي مملوكة للمولىٰ لا له، والإبقاء من الشرع وُجد في حق أملاك الميت، قلنا: نعم، وإنما نحن نُبقيه قصدا علىٰ حكم الأحياء في قضاء دين الكتابة، من مكاسبه التي هي من أملاكه، ولكن هذا الحق لا يبقىٰ إلا لحق[٢] عتاقه المتعلق بالأداء، ولا يصح إلا ببقائه مملوكا للمولىٰ، وأنه[٣] شرط لنفوذ العتق، ولما صار شرطا لحق[٤] المكاتب[٥]، صار تبعا فيبقي تبعا للمتبوع[٦]، ولا يعتبر التبع[٧] في نفسه للبقاء عليه علىٰ حدة، كمن نذر صلاة تلزمه الطهارة تبعا لها، ومن أراد نكاحا لزمه إحضار الشهود تبعا.

❁ فإن قيل: كيف يقال: إنه مات عبدا قبل الأداء، ثم مات حرًا بعده.

❁ قلنا: إنما يستحيل التضاد في وقت واحد، وفي الوقت الذي نقول[٨]: كان عبدا، لا نقول في ذلك الوقت: إنه حر، ثم اجتماع الصفتين المتضادتين

---

[١] «ن» (أول).

[٢] «ن» (بحق).

[٣] «ن» (فإنه).

[٤] في «أ» (بحق).

[٥] «ن» (المالك).

[٦] في «أ» (فيبقىٰ ببقاء المتبوع).

[٧] «أ» (البيع).

[٨] «أ» (يقول).

علىٰ التعاقب، وآخرها[١] ناسخ للأول من الأصل غير مستنكر، فإن الشيء قد يرتفع بعد ثبوته فيصير عدما، أليس الرجل يصبح صائما لأول نهاره، ثم يفطر فيصير مُفطِرا من أوله؛ لأن الصوم لا يتجزأ، فيقتضي الإفطار رفعا من الأصل، ويصبح مفطرا، ثم يصوم فيصير صائما من أول[٢] النهار؛ لأنه لا يقبل التجزِّي، ويكفر بالصيام ثم يجد المال قبل إكمال الصوم[٣] فيصير غير مكفر أصلا، فكذا[٤] فيما نحن فيه، لما لم يمكن إثبات العتق إلا قُبيل العتق[٥]، أثبت من حينئذ، وبطل ما كان عليه من صفة العبودية القائمة مع الكتابة.

ولا يلزم إذا مات عاجزا؛ لأن الفوت[٦] بالعجز دون الموت عن وفائه، كما لو تحقق العجز حال الحياة.

❁ **فإن قيل:** الكتابة من جانب العبد جائز، فكانت كالوكالة.

❁ **قلنا:** إن الكتابة لازمة حقا له، وذلك بأن تكون لازمة، والله أعلم.

[٨٠١] **مسألةٌ:** إذا دبَّر عبده ثم كاتبه ثم مات، ولم يدعْ مالا غيره، خيِّر العبد عند أبي حنيفة ﷺ بين أن يسعىٰ في ثلثي قيمته، أو جميع الكتابة[٧].

---

[١] في «أ» (وآخرهما).

[٢] «ن» (لأول).

[٣] «ن» (قبل الإتمام).

[٤] «ص» (وكذلك).

[٥] «ن» (الموت).

[٦] «أ» (الموت).

[٧] «ص» (بدل الكتابة).

وقال أبو يوسف ﷺ: يلزمه السعاية في الأقل منهما، وقال محمد ﷺ: يسقط ثلث الكتابة، ويلزمه السعاية في الأقل، من ثلثي الكتابة وثلثي القيمة، وموضع الكلام أنه هل يسقط شيء من الكتابة أم لا؟، فأما التخيير ففرع أن العتق هل يكمل أم لا؟

وذكر في الجامع الصغير قول أبي يوسف مع[١] محمد ﷺ، فلما كان المذهب عندهما: أن العتق يكمل إذا عتق الثلث بالموت بقي[٢] عليه ثلثاه[٣] بجهة الكتابة، وجهة ثلثي القيمة[٤]، فيلزمه الأقل منهما بلا خيار، وعند أبي حنيفة ﷺ لم يعتق ثلثاه، وقد استحق عليه العتق في الثلثين[٥]، بجهة الكتابة وجهة عتق البعض بالتدبير، فيختار أيهما[٦] شاء.

فأما الحجة لمحمد ﷺ على سقوط ثلث الكتابة: أن ثلث العتق[٧] قد استحق بالتدبير، فيسقط[٨] من البدل بقدره، كما لو كاتبه أولا ثم دبره والمسألة بحالها، وكما لو كان المدبر في مسألتنا هذه يخرج من الثلث، فعتق كله بالتدبير سقط البدل كله، وهذا لما مرّ أن المال عوض العتاق، فلا يجب إلا بقدر ما يسلم من العتق بالكتابة، وبقدر ما استحق بسبب آخر يبطل كما في سائر المعاوضات.

والحجة لأبي حنيفة ﷺ: أن المدبر لما عتق عليه ثلثه بالتدبير، تبين أن

---

[١] زاد في «أ» (قول).

[٢] «ن» (فبقي).

[٣] «ن»، «ص» (دينان).

[٤] «ن» (قيمته).

[٥] «ن» (للثلثين).

[٦] في «أ» (أيتهما).

[٧] «ن»، «ص» (العتاق).

[٨] «ن»، «ص» (فسقط).

الكتابة حين وقعت ما انعقدت على[١] الثلث ؛ لأنها أضيفت إلى المدبر ، وثلثه مستحَق بالتدبير وثلثاه لا ، فانصرفت الكتابة إلى ما ليس بمستحق ، وكان محلا للاستحقاق بالكتابة ، فأما الثلث المستحق فغير محلٍّ ، فكان شرط التناول فائتا فصار البدل[٢] كله بإزاء المحل القابل ، كمن طلق امرأته ثنتين ، ثم خالعها بألف على ثلاث تطليقات ، فإن الألف كلها تصير بإزاء التطليقة الباقية .

وإنما قلنا: الثلث كان مستحقا ؛ لما ذكرنا بعد هذا في مسألة: المدبر لا يُباع ، أن المُدبر استحق حق العتق للحال وإن كان معلَّقا بالموت ، فبقدر[٣] ما يعتق بالموت ويسلم له وصيه له ، يكون مستحقا قبل الموت ؛ ولهذا يمتنع البيع ، فإن عتق كله بالموت تبين أن الكل كان مستحقا فلم تصح الكتابة ، وإن أدَّى الكتابة قبل الموت ، ووقع العتق قبل الموت ، لم يكن الواقع مستحقا فصحت الكتابة كلها ، وإن عتق الثلث تبين أن الثلث كان مستحقا دون الثلثين .

وعندي هذه المسألة فرع مسألة «من تزوَّج امرأتين بألف ، فإذا إحداهما لا تحل له ، أو نكاحها فاسد» ، فإن المهر كله بإزاء الأخرى عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما: لها حصَّتها ؛ لأن الألف قُوبل بهما ، فكذلك ههنا قُوبل الألف بعتاق الكل ، فصار بإزاء كل ثلث ثلث ، وإن كان الثلث منه[٤] مستحقا بجهة أخرى ، كما إذا كانت[٥] إحدى المرأتين منكوحة لآخر . وقد أطلنا[٦] الكلام في تلك المسألة .

[١] «أ» (عليه) .
[٢] «ن» (المال) .
[٣] في «أ» (فيقدر) .
[٤] «ن» (منها) .
[٥] «س» (كما إذا كانت) ، «أ» (كما كان كما إذا كانت) ، والمثبت من «ن» ، «ص» .
[٦] «ص» (أبطلنا) .

ولا يلزم إذا كاتب ثم دبَّر؛ لأن الاستحقاق بالتدبير طارئ على ما انعقدت[١] عليه الكتابة بلا استحقاق فتوزّع البدل على الجملة، فصار كمن تزوج امرأتين بألف درهم، ثم حرمت إحداهما بسبب من الأسباب، فإن الأخرى تبقى بحصَّتها من المهر.

❁ فإن قيل: على أصل أبي حنيفة ﷺ تبقى ما لم يُدخِل تحت المعاوضة شرطا فاسدا دخل تحت العقد، فتفسد الكتابة إن لم يفسد النكاح، كما يفسد البيع بمثله إذا اشترى عبدين بألف، فإذا أحدهما حر.

❁ قلنا: ما هو شرط فاسد في الكتابة، فإن من كاتب عبده الحاضر على ألف[٢]، وغائبا معه على أنهما يعتقان معا عند الأداء صحت الكتابة، ولا يقابل الغائب شيء من العوض، حتى إذا رد الغائب أو مات لم يسقط عن الحاضر شيء من العوض، وإذا أدى عَتقا جميعا، فكذلك ههنا، شرط عتق الثلث المستحق بالتدبير إذا أدى، وإن لم يدخل تحت المعاوضة لا يوجب بطلان الكتابة، ويجعل بمنزلة عبد لم يدخل، والله أعلم.

❁ ❁ ❁

[١] «س» (من عقد)، «أ» (ما انعقد)، والمثبت من «ن»، «ص».
[٢] «ص» (درهم).

فَصْلٌ
حكم الكتابة

حكم الكتابة عند علمائنا ﷺ: فكُّ حجر الرق عن المكاتب في حقِّ اليد دون الرقبة، فيصير كالحُرّ في حق اليد[١] والاكتساب، ويبقىٰ علىٰ حكم الرق في حق الرقبة، كأنه عبد عُلِّق عتقه بشرط، فإن عتقه تعلَّق بالأداء، ولا يصير العتق للحال مستحقا له، كما في الحلِف بعتقه.

وقال الشّافعي(٢) ﷺ: يصير عتقه مستحقا للحال، وإنما يتبين ذلك في حق جواز التكفير بعتقه.

والمسألة مرَّت في كتاب الأيمان، والله أعلم.

|٨٠٢| **مسألةٌ**: ومن حكم الكتابة أنه يُجعل المكاتبُ أولىٰ بنفسه من الوارث إذا مات المولىٰ، ويمنع الإرث عندنا. وعند الشافعي(٣) ﷺ لا يمنع.

والمسألة مرت في النكاح، إذا زوج المولىٰ ابنته من مكاتبه ثم مات، لا يبطل النكاح عندنا، وعنده يبطل[٤]، فهي عكس المسألة الأولىٰ في الظاهر.

---

[١] «ص» (الرقبة).

(٢) انظر: «الأم» للشافعي (٨/٩٠)، «روضة الطالبين» (١٢/٢٥٨).

(٣) انظر: «الحاوي الكبير» (١٢/٢٣٢)، «روضة الطالبين» (٦/٣٠).

[٤] «ص» (وعند الشافعي ﷺ تبطل).

|٨٠٣| **مسألةٌ**: ومن حكم الكتابة أن المكاتب إذا اشترىٰ أباه أو أخاه لم يتكاتب عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يتكاتب.

والمسألة قد مرت بعد مسألة عتق الأخ على الأخ.

|٨٠٤| **مسألةٌ**: المكاتب يملك أن يكاتب استحسانا، وكذلك الأب والوصي، وكذلك تزويج الأمة.

وقال الشافعي(١) رحمه الله: لا يملكون؛ لأن الكتابة والتزويج ليسا من التجارات، بدليل أن العبد المأذون في التجارة لا يملكها، وبدليل أن التجارة اسم لمبادلة مالٍ بمالٍ شرعت لتثمير الأموال من الجانبين، والمبدل في النكاح والكتابة ليسا بمالٍ، أما النكاح فلما عُرف في موضعه، وأما الكتابة فلأن المبدل فكاك الحجر أو العتاق وليسا بمال.

ألا ترىٰ أن الحيوان يثبت فيهما بدلا في الذمة، والحيوان علىٰ أصلكم لا يثبت دينا في الذمة بدلا عما هو مال، ويثبت عما ليس بمال، ولما لم يكونا تجارةً لم يملكهما هؤلاء، كالهبة بعوض علىٰ أصلكم، والعتق علىٰ مال[٢] علىٰ أصل الكل.

إلا أنا نقول: تزويج الأمة وكتابة العبد من جملة الاكتسابات، فيملكها المكاتب وهؤلاء قياسا علىٰ الاحتطاب والاحتشاش[٣] وقبول الهبة للصغير.

---

(١) انظر: «الأم» للشافعي (٨/٣٧)، «مختصر المزني» (٨/٤٣٤)، «الحاوي الكبير» (١٨/١٩١).

[٢] «ص» (بالإجماع).

[٣] «ن»، «ص» (الاحتباس).

وإنما قلنا: ذلك ؛ لأن[١] في تزويج الأمة كسب[٢] المهر والولد وتبقى المالية على حكم ملكه، وإنما يخرج عن ملكه ما ليس بمال ولا أيضا كانت تحل له، فما كان له منها بقيت على ملكه، واكتسب مالا بهذا العقد بلا مال، وهذا لأن الكتابة انعقدت على فك الحجر عن الاكتساب ؛ ليتمكن من الأداء، فالتمكن من الأداء بالاكتساب أوفق[٣] من التجارة.

ألا ترى أنّه صار كالحر في حق اليد لا يملك المولى عليها حجرا فينطلق[٤] انطلاق الحر في تحصيل ما عليه، وذلك باكتساب مطلق بتجارة وغير تجارة، وكذلك الكتابة ؛ لأن العبد إذا كوتب اجتهد لأداء الكتابة، وسعى في ذلك، ولا يسعى إذا كان عبدا كذلك، فيحصل لنفسه مال الكتابة بلا مال يغرمه ؛ لأن الذي يخرج عن ملكِه للحال سقوط الحجر عن يده وتصرفه، وذلك ليس بمال فكان معاوضة مال بما ليس بمال، والمعاوضة بمال[٥] تكون من الاكتساب، فهذا أولى أن يكون من الاكتساب، وإذا صار من جملة الاكتساب، صار من جنس ما دخل تحت الفكاك وإن لم يكن تجارة، بخلاف المأذون ؛ لأن فكه كان عن التجارة لا غير، فلم يملك ما لم يكن تجارة ولا ضرورة إليه للتجارة، بخلاف الهبة بشرط العوض ؛ لأنها تنعقد تبرعا عندي، والتبرع ليس من الاكتساب في شيء.

وبخلاف العتق على مال ؛ لأنه ينعقد للحال يمينًا بالعتق لا معاوضةً، بدلالة أنه لا يملك الرجوع عن الإيجاب قبل قبول العبد، كما لو قال له: إن دخلت

---

[١] «ن» (لأنّه).

[٢] «ن» (يكسب).

[٣] «أ» (أوفر)، «ص» (فوق).

[٤] «ن»، «ص» (لينطلق).

[٥] «ص» (بالمال).

الدار فأنت حر، واليمين بالعتق ليس من الاكتساب في شيء، فأما إيجاب الكتابة فلا ينعقد تبرعا ولا يمينا بالعتق، بل ينعقد معاوضةً مالٍ بما ليس بمال، كالنكاح ابتداءً وتماما؛ لأن العتاق في الثاني يقع تتميما بالملك[١] الذي أوجَبَته[٢] الكتابة للمكاتب عند تمام الملك للمولىٰ في البدل علىٰ سبيل المعاوضة، لا علىٰ سبيل التعليق بشرط[٣]، بدلالة أنه يملك الفسخ غير أنه معاوضة بما ليس بمال، فلم يخرج عن جنس الاكتساب إن خرج عن جنس التجارة، والبقاء في جنس الاكتساب يوجب الدخول تحت الفكاك.

❊ **فإن قيل:** الكتابة عقد إرفاق؛ لأنه يعتقه بمكاسب كانت للمولىٰ لولا الكتابة.

❊ **قلنا:** ما لم يكن له لا يعتبر بالكائن، كمن باع شجرةً بثمرةٍ هي ثمنها، فخرجت من تلك النخلة بمثل تلك القيمة ثمرة[٤] بعد القبض جاز البيع، وإن كان علىٰ[٥] اليتيم، ولم يقل: لولا البيع لكانت الثمرة تكون له، والآن يجد تلك الثمرة ويصرفها إلىٰ ثمرة ثمنها، ويجوز لأن الثمرة[٦] لم تكن عند البيع، فتعتبر المعادلة بالقائم، فكذا ما يخرج من مكاسب العبد بمنزلة الثمرة، فتعتبر المعادلة حين[٧] العقد بين العِوَض[٨]، وما دخل تحته من العوض وهو الرقبة[٩] اعتبارا

[١] «أ» (للملك)، «ن» (للفك).
[٢] «س»، «ن»، «أ» (أوجبه)، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» (بالشرط).
[٤] «ن» (فخرجت من النخلة مثل تلك الثمرة).
[٥] «أ» (يحل).
[٦] «أ» (الثمر).
[٧] «ص» (عند).
[٨] «ن» (العوضين).
[٩] «أ» (الرق).

لزوال اليد عنها بزوال الأصل، فإذا جاءت المعادلة ذهب الخسران، ولما بقيت الرقبة على ملكه حلّ[١] الربح، إلا أنه يخرج عن جنس التجارة إلى جنس الاكتساب، لعدم المال من جانب المولى للحال.

ولا يلزم إذا زوجت المكاتبة نفسها، لم يجز وإن اكتسبت المهر؛ لأن التزويج بمنزلة العقد على العين دون المنفعة، على ما عُرف في النكاح، وهي بعينها لم تدخل تحت الفكاك، ولم تصِر مالكة نفسها، فلم يجز، وإن كان من الاكتساب أو التجارة، كما لو باعت أمة للمولى، أو زوجتها[٢].

فالتعليل كان لبيان أن هذا التصرّف من جملة ما دخل تحت الفكِّ، ثم النفاذ موقوف على الإضافة إلى ملك نفسها، دون مِلك المولى كالبيع سواء، حتى إذا آجرت نفسها صحَّ؛ لأن الإجارة ترِد على المنافع، ومنافعها صارت لها، وكانت في حكم أكسابها؛ لأن الفك تناولها بعينها.

فهذه المسائل كلها تُبتنى على حكم الكتابة والفك الثابت به[٣]، والله أعلم.

|٨٠٥| **مسألةٌ:** المكاتبة إذا ولدت ولدا، ثم ولد للولد ولد[٤]، ثم أعتق المولى الوسطى، عتقت السفلى عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما لا تعتق؛ لأن السفلى تبع[٥] الجدة في حق عقد الكتابة؛ لأنها

---

[١] «س»، «أ»، «ن» (جاء) والمثبت من «ص».

[٢] «أ» (أو زوجها)، «ن» (أو زوجته)، «ص» (وزوجها).

[٣] «ص» (بها).

[٤] «س»، «أ»، «ن» (ولدت الولد ولدا) والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (ولدت الولد ولدا).

هي التي تناولها العقد[١] قصدا، فأما الولد العُليا فداخلة تبعا بحكم سراية العقد من الأم إليها، وإذا كانت تبعا لم تستتبع غيرها، ولم تصِر متبوعة، وصارت السفلىٰ في التبعية للجدة بمنزلة زيادة في بدن العليا.

ألا ترىٰ أن أكساب[٢] السفلىٰ تكون للجدة كأكساب العليا، وهذا كما قالوا: فيمن اشترىٰ جارية بألف فولدت ولدا، ثم ولدت[٣] الولد ولدا قبل القبض قيمهم علىٰ السواء[٤]، قسم[٥] الألف بينهن بالسوية[٦]، كأن الجدة ولدت ولدين؛ لأن العليا إنما دخلت تحت البيع تبعا فلم تستتبع ولدها، وبمثله لو اشترىٰ أمة وولدها[٧] بألف وقيمتها[٨] سواء، ثم ولدت[٩] الولد ولدا قبل القبض، لم تصِر القسمة أثلاثا، بل يكون النصف للأم، والنصف بإزاء الولد وولد الولد؛ لأن الولد ههنا متبوع فاستتبع السفلىٰ، ولم تصِر السفلىٰ تبعا للجدة، فصارت كالمعدومة في حق الجدة، فكذلك ههنا يصير كأن الجدة ولدت ولدين، ثم أعتق المولىٰ إحداهما لم تعتق الأخرىٰ، إلا أنا نقول: العليا تبع للجدة[١٠] بحكم سراية العقد من الأم إليها بالجزئية، فتكون السفلىٰ تبعا للعليا بهذه العلة

[١] «ص» (الكتابة).

[٢] «ص» (اكتساب).

[٣] «ص» (ولد).

[٤] «أ»، «ن» (قيمتهم سواء).

[٥] «ص» (قسمت).

[٦] «أ»، «ن» (بالتسوية).

[٧] «ن» (بولدها).

[٨] «ن» (قيمتها).

[٩] «ص» (ولد).

[١٠] «ن» (تبع تبع الجدة).

أيضا، فأما قوله: التبع لا يستتبع غيرَه، فلا كذلك، فإنّ التبع لا يصير متبوعا فيما هو تبع؛ لأنهما ضدان، فأما يجوز أن يستتبع غيره فيكون تبعا لغيره أصلا لآخر، فكل إنسان تبع لأصله أصلٌ لولده، كالشجرة[١] فرعها تبع لأصلها وأصلٌ لثمرتها، وخبر الواحد فرع الكتاب في باب الحجج أصل للقياس.

فأما قوله: الأكساب تصير للجدة؛ فلأن أكساب السفلىٰ تصير للعليا بحكم أنها تبعها، وما يصير[٢] للعليا يصير للجدة بحكم التبعية لها ويصير[٣] لها أكساب السفلىٰ بواسطة العليا.

وأما مسألة الشراء، فالسفلىٰ تبع لأمها لا للجدة، ولما صارت تبعا لأمها صارت قيمة أمها ألفي درهم، فتصير كأنها سمنت وصارت تساوي ألفي درهم، فتجب قسمة الثمن علىٰ قيمة الجدة يوم العقد، وقيمة الولد الحادث يوم القبض، فإذا صارت تساوي ألفين قسمت أثلاثا، فأما إذا كان موجودا لدىٰ العقد فالقسمة علىٰ القيمة القائمة يوم العقد، فلذلك[٤] لم يتغير[٥] في حق ما بينها وبين الجدة القسمة، كما لو ازدادت في بدنها وصارت تساوي ألفين، فأما في الحالين فالسفلىٰ تبع للعليا بالعلة التي قلناها فهما يجعلان السفلىٰ مع العليا كأحد نصفي العليا؛ لأنها صارت كبعض أجزائها المتصلة بها، علىٰ ما قررنا بحكم التبعية، لكنهما شخصان قائمان للحال، ليس أحدهما بتبع فيعتبر بجزء منها علىٰ وجهٍ لا يكون أحدهما تبعا للآخر وهما النصفان، وأبو حنيفة رَحِمَهُ اللهُ تَعَالى يجعلها كالسمن

---

[١] «أ» (فكذلك).

[٢] «ن» (فأما ما يصير).

[٣] «ن» (فيصير).

[٤] «أ» (فكذلك).

[٥] «ص» (يتغير).

في العليا ؛ لأن أحد النصفين ليس بتبع للآخر بل هما مثلان ، والسفلى زيادة منها تبع لها ، فأشبهت السمن أو اليد من الوسطى ولو[١] أعتق الوسطى إلا سمنها عتق السمن تبعا ، فهذا كذلك[٢] فيما صارت[٣] تبعا ، وبحقّ الكتابة صارت تبعا ، فهما اعتبرا الحال ، وأبو حنيفة ﵀ اعتبر حال الحدوث ، وبين الأمرين تقارب ، والله أعلم.

[٨٠٦] **مسألةٌ**: المكاتب إذا جنى عمدا ، ثم صالح على مالٍ ، أو أقر بجناية خطأ ، وقضى القاضي بذلك ، ثم عجز فرُدَّ في[٤] الرق ، لم يطالب به ما لم يعتق عند أبي حنيفة ﵀.

وقال صاحباه ﵉: يباع فيه[٥] ، وذكر في كتاب الجنايات: لم يؤاخذ بها في قول أبي يوسف ﵀ خاصة ، ولم يذكر قول محمد ﵀ ؛ لأن المكاتب ملك الصلح عن جناية العمد ، وملك الإقرار بالجناية خطأ بحكم الكتابة ، بدليل أنه يؤاخذ به قبل العجز ، ولو استوفى منه حال الكتابة ثم عجز لم يُستردَّ منه ، وكل دَين وجب على المكاتب بسبب ملكه لم يسقط بالعجز كالثمن ، وما وجب بإقرار مطلق.

ولنا: أن هذا السبب مما لم يدخل تحت الفك ، بحق الكتابة ، فلا يثبت في حق المولى كما لو كان عبدا مأذونا ، وكما قبل الكتابة ؛ لأنه لما لم يدخل تحت

---

[١] «ص» (فإذا).

[٢] «ص» (فهذه كلها).

[٣] «ص» (صار لذلك).

[٤] «ص» (إلى).

[٥] «ص» (فيها).

الفك صار في حق المولىٰ كأنه أتىٰ به قبل الفك أصلا.

وإنّما قلنا: لم يدخل تحت الفك؛ لأن الفكاك حصل عن الاكتساب[١] بتجارة أو غير تجارة، وحده ما يكتسب لنفسه ليستعين به علىٰ أداء الكتابة، وهذا اكتساب علىٰ نفسه إلا أنه يؤاخذ به قبل العجز؛ لأن حكمه لا يتناول مولاه؛ لأنه في الحال يلاقِي ذمته، وهو يملك شغل ذمته بالدين قبل الكتابة، والاستيفاء يقع من كسبه، وهو أحق بكسبه من مولاه.

ألا ترىٰ أنه يملك صرف كُسُوبه إلىٰ ديون لزمته[٢] بالإقرار حال حجره، وهذا لأن كسوبه تقع له، وإنما تنتقل إلىٰ المولىٰ إذا فرغ من حقه علىٰ ما عُرف في المأذون، وما عليه في ذمته من حقه أن يُقضىٰ منه، ولَمّا كانت الصحة بحكم أنه لا يتناول حق المولىٰ كما يملك العبد المحجور عليه الإقرار بالقصاص وبالحدود، وتثبت[٣] الصحة بهذا الشرط، وتبقىٰ عليه أيضا؛ لأنه تبع للابتداء فيبقىٰ علىٰ ما ثبت حتىٰ يتغير بدليله، وسبيله سبيل العبد المحجور[٤] عليه يقر بقتل عمد، له وليّان فعفا أحدهما، لم يطالَب به ما لم يعتق، وإن كان الإقرار صحيحا؛ لأنه صح لا لإذن ثبت من المولىٰ، ولكن بحكم أنه لا يتناول حق المولىٰ، فبقي موقوفا علىٰ هذا الشرط، فمتىٰ صار مالا بعفو أحدهما، وصار يستحق بالجناية رقبة العبد بعينها التي هي حق المولىٰ، أو دراهم من كيس المولىٰ، صار فاسدا في حق المولىٰ، كأنه أقر به وهو مال فكذلك ههنا، متىٰ

---

[١] «أ»، «ن» (الاكتسابات).

[٢] «ن»، «ص» (دين لزمه).

[٣] «أ»، «ن» (ثبت).

[٤] «ص» (عبد محجور).

عجز المكاتب صار يستحق بذلك الصلح[١] ، والإقرار رقبته بأن تباع[٢] فيه فيبطل ، كأنه يقر به للحال .

وكذلك الأب يؤاجر ابنه سنةً فيجوز ، ولو بلغ الابن بطلت الإجارة ، بخلاف ما لو آجر عبد ابنه فإنها لا تبطل ببلوغ الابن ؛ لأن الأب لا يملك إجارة ابنه من حيث الولاية على ابنه بحق النيابة عنه ، كما يملك إجارة عبده على ما بينا في موضعه ، بل بحكم أن له استيفاء منافعه بحكم التأديب والرياضة بغير بدل ، فبالبدل أولى وكان أملك ، ولما ملك من هذه الطريقة ولبقاء الإجارة حكم الابتداء ، لم تبق إلا بهذا الشرط ، فمتى بلغ وصار لا يملك جبره على التأديب والاستخدام لم تنفذ إجارته ، ويملك إجارة عبده بحكم النيابة عنه ، فصار نائبا في حق الابن كأنه آجر بنفسه فلم تبطل بحال ، فكذلك ههنا الدين بالشراء وجهات التجارة والكسوب كلها ثابتة بجهات دخلت تحت الفك الثابت بالكتابة ، فكان ثابتا على المولى كأنه هو الذي أوجبه[٣] فلم يبطل بالعجز ، كما لو فعله في الحجر وأجازه المولى ، وكذلك الصلح عن جناية عبده[٤] مما دخل تحت الفك ؛ لأنه يصلح به عبده فأشبه النفقة عليه ليزداد ، أو العلاج[٥] عن جراحاته[٦] ، فكان[٧] بمعنى الاكتساب ، فأما إصلاح نفسه فليس من الاكتساب في شيء[٨] ؛

---

[١] «أ» (الثلث).

[٢] «س» (تضاع) والمثبت «أ» ، «ن».

[٣] «ص» (أوجبها).

[٤] «ص» (الجناية عنده).

[٥] «ص» (الصلاح).

[٦] «ن» (لجراحاته).

[٧] «ن» (وكان).

[٨] «ص» (نفسه).

لأنه ليس بكسبه ليصير زيادة نفسه اكتسابا، فأما عبده فكسبه وزيادته[١] تعتبر بأصله، وبخلاف ما إذا استوفى منه حال الكتابة؛ لأنه استوفى قبل ثبوتها حقا للمولى، فلم يتناول حق المولى فصح، كما لو عتق.

❊ فإن قيل: أليس أن هذا الدين يُقضى من كسبه قبل العجز وللمولى في كسوبه حق.

❁ قلنا: نعم له فيها حق بعد الفراغ عن حق المكاتَب، كما في كسوب العبد المأذون، ولا فراغ ما دامت ذمته مشغولة بالدين على ما مر، فيمتنع ثبوت حق المولى بهذا الدين؛ لأنه يبطل به، والله أعلم.

|٨٠٧| **مسألةٌ**: المكاتب إذا قتله إنسان عمدا عن وفاء، ولا[٢] وارث له غير المولى، كان للمولى أن يستوفي القصاص.

وقال محمد رحمه الله: لا يستوفيه؛ لأن حكمه في نفسه مشتبه؛ لأن الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في أنه يموت حرا أو عبدا، فنحن وإن رجَّحنا جهة الحرية، تبقى شبهة الرق بحججهم[٣]، على ما حددنا للشبهة في كتاب الحدود، والقصاص لا يجب مع الشبهة[٤]، كما إذا قتل[٥] وترك وارثا لم يكن للوارث استيفاء القصاص، ولا للمولى ولا لهما وإن اجتمعا.

[١] «ن» (فزيادته).
[٢] «س»، «أ» (لا) والمثبت من «ص».
[٣] «س» (لحجتهم).
[٤] «ن» (يسقط بالشبهة)، وفي «ص» (الشبهات).
[٥] «ن» (مات).

إلا أنا نقول: هذا الاشتباه الذي ذكرته[١] لا يمنع وجوب القصاص بقتله، فإن القصاص يجب بقتل الحر والعبد على السواء؛ ولأن وجوب القصاص للمولى؛ لأن الواجب له حرّا كان المكاتب أو عبدا، وإذا لم يكن واحد من الشبهتين مسقطا للقصاص، ولا مانعا للمولى خلا الوجوب للمولى عن الشبهة، بأي سبب وجب للمولى بالولاء أو بالملك، وهذا كما إذا اختلف الشاهدان في الآلة[٢] من سيفٍ أو سكّين، فإن القصاص يجب؛ لأن كل واحد سبب مثل الآخر في الإيجاب، فلم يتمكّن بها شبهة مسقطة، والمانع شبهة مسقطة، لا شبهة موجبة، بخلاف ما إذا مات وترك وارثا؛ لأن قول من يقول: إنه مات عبدا يمنع الوجوب للوارث، وما يقوله[٣] يمنع الوجوب للمولى على المكاتب، فتمكنت شبهة مانعة من الثبوت لواحد من الوليين[٤] بعينه فلم يجب، ولما لم يجب لم يثبت الوجوب بالإجماع[٥]، هذا الذي ذكرناه كان في جانب ما استحقّه المكاتب على المولى، فأما المسائل المتفرعة عن بدل الكتابة الواجب للمولى على المكاتب فبابٌ آخر.

|٨٠٨| **مسألةٌ:** منها أن المولى لا يجبر[٦] على حطِّ شيء من مال الكتابة.

وقال الشافعي⁽٧⁾ رحمه الله: يُجبر عليه؛ لقول الله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ

[١] «أ» (ذكره).

[٢] «ص» (آلة القتل).

[٣] «أ» (وما نقول).

[٤] «ن» (المولبين).

[٥] «ص» (باجتماعهما، والله أعلم).

[٦] «ص» (منها لا يجبر المولى).

(٧) انظر: «الأمّ» (٨/٣٢)، «مختصر المزني» (٨/٤٣٣)، «الحاوي» (١٨/١٤٠ ـ ١٤١).

﴿فِيهِمْ خَيْرًا ۖ وَآتُوهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ [النور: ٣٣]، أمر الموالي بإيتاء مكاتبيهم[١] فينصرف بحكم ظاهر اللغة[٢] إلىٰ مكاتب كل واحد منهم، كقول الناس: لبِس القوم ثيابَهم، وركبوا دوابَّهم، وحلقوا رؤوسهم[٣].

فجاء من هذا أن مَن كاتب عبده لزمه أن يؤتيه شيئا مما آتاه الله تعالىٰ من المال، ولا يجب من غير مال الكتابة، فثبت أنه من الكتابة، ولما وجب من الكتابة الإيتاء[٤] أُمِر بالحطِّ، فإن القبض ثم الإيتاء مما لا فائدة فيه.

ولأن الظاهر يدل علىٰ أنه مال الكتابة؛ لأن الله تعالىٰ ذكر أنه مال الله الذي آتاهم، ولم يسبق ذكر سبب للمال إلا الكتابة فتعيّن سببا، كما[٥] تقول: اتجر فلان فاستغنىٰ، أي: بالتجارة.

وعن علي رضي الله عنه موقوفا عليه(٦)، ومرفوعا إلىٰ رسول الله ﷺ، أنه قرأ هذه الآية وقال: «هو ربع الكتابة»(٧)، وعن عمر رضي الله عنه أنه كاتب عبدَه وحطَّ أول النجم، وقرأ هذه الآية، وكانت الكتابة خصت بالحط وهو محاباة؛ لأن الكتابة عقد إرفاق من الأصل، فإن المولىٰ كان يملك استكسابه في هذه المدة وأخذ الكسوب[٨]

---

[١] «ص» (أموالهم)، «أ» (مكاتبتهم).

[٢] «ص» زيادة (الأمر).

[٣] «ص» (وجعلوا أصابعهم في آذانهم).

[٤] «أ» (لإيتاء).

[٥] «أ» (لما).

(٦) رواه الطبري في تفسيره (١٩/ ١٧١).

(٧) رواه النسائي في الكبرىٰ (٥/ ٥٥) برقم (٥٠١٨)، والطبراني في الأوسط (٣/ ٢٢٩) برقم (٣٠٠١)، والبيهقي في سننه الكبير (١٠/ ٥٥٢) برقم: (٢١٦٦٧) والصحيح أنّه موقوف علىٰ عليّ رضي الله عنه.

[٨] في «أ» (المكسوب).

بلا عتق، فلما عُلّق بها عِتقه كان ذلك رِفقا به، فأمر الله تعالىٰ بحطِّ البعض[١]؛ تحقيقا لمعنىٰ الإرفاق.

والقياس معنا، فإن الكتابة سبب لوجوب مال الكتابة علىٰ العبد، فلا يكون سببا بعينه لاستحقاق الحطِّ الذي يُضادُّ الوجوب، كالبيع وسائر أسباب الضمان بعوضٍ، أو بغير[٢] عوضٍ.

فأما قوله: إنه عقد إرفاق، فإن[٣] سلمنا ذلك قلنا: الإرفاق بهذا العقد لا يجب علىٰ المولىٰ، بل يستحب له ذلك إذا علم خيرا فيهم، فكذلك[٤] يستحب الحط تحقيقا لذلك الرفق، وعندنا الحط مستحب، وتأويل الآية علىٰ الاستحباب عندنا، وكذلك تأويل فعل الصحابة أنهم فعلوا استحبابا، لا واجبا عليهم. ألا ترىٰ أنّه لا يجب بالإجماع الربع ولا أول[٥] النّجم.

وجواب آخر: ما ذكره الكَلبيّ في تفسيره عن جماعةٍ من الصحابة ﭫ، أن المراد بالإيتاء دفع الصدقة إليهم، وأنه جائز بخلاف العبد[٦]. ألا ترىٰ أن الإيتاء يدل علىٰ التمليك[٧]، والحط لا يكون تمليكا، وإنما يكون تمليكا إذا تُصدِّق عليهم وكانت موافقة لقول الله تعالىٰ: ﴿وَفِي ٱلرِّقَابِ﴾ [التوبة: ٦٠]، فإن تفسيرها المكاتبون، فيكون فيه قول[٨] بحقيقة قوله: ﴿وَءَاتُوهُم﴾، وبحقيقة قوله: ﴿مِّن مَّالِ

[١] في «أ» (بعض الكتابة).
[٢] «ص» (وغير).
[٣] «ن» (وإن).
[٤] «ص» (وكذلك).
[٥] «أ» (والأول).
[٦] «ن» (العبيد).
[٧] «ن» (التملك).
[٨] «ن» (قولا).

ﭐللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْۚ﴾[١]؛ لأنها[٢] للتمليك، والكتابة غير مملوكة على العبد حقيقة ما لم تقبض على ما عرف في موضعه، وتركا لظاهر[٣] الهاء والميم من قوله: ﴿وَءَاتُوهُم﴾؛ لأنّ ظاهرها ينصرف إلى مكاتب كل واحد منهم، كقوله[٤]: كاتبوهم أي: كل واحد منهم عبد نفسه، ولا يجوز صرف صدقته إلى مكاتبه، وإنما يجوز إلى مكاتب غيره، وهو المحتج به، فسقط الاحتجاج به[٥]، فيصير كأنه[٦] قال: وآتوا صدقاتكم مُكاتَبِيكُم، فتصح الإضافة على حسب ما يليق بالكلام، أي: كل واحد منهم صدقته إلى مكاتب أصحابه؛ لأنه لا يستقيم إلا كذلك، فيصير هذا الوجه أولى بدلالة الحال.

❁ **فإن قيل**: فعلى هذا [لا][٧] يصير الأمر واجبا.

❁ **قلنا**: الأمر بدفع الصدقة إلى المكاتبين[٨] في الجملة واجب، كما هو في حقّ الفقراء والمساكين، إلا أن الجملة معلولة بالفقر، وفيهم كثرة فلا يجب استغراقهم، فثبت الخيار للمعطي بحكم كثرتهم، لا بحكم عدم الوجوب من الأمر، أو يُحمل على الصدقة النافلة، وإن[٩] كان تركا للظاهر؛ ليمكن القول بحقيقة الإيتاء، ويكون هذا أولى؛ ليكون الأمر بالإيتاء على وفاق الأمر بالكتابة

[١] «ن»، «ص» (قوله: وآتاكم).
[٢] «أ» (لأنه).
[٣] «ص» (وترك الظاهر).
[٤] «ن» (فقوله).
[٥] «ن» (احتجاجه).
[٦] «أ»، «ن» (كأن الله تعالى).
[٧] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».
[٨] «ن» (مكاتبيهم).
[٩] «أ» (ولو).

تحريضا على الإحسان إليهم؛ ولهذا علّق الله تعالى بعلمنا الخير فيهم[١]، فإنّ الإحسان مأمور به حينئذ أشدّ ما يكون دونه.

❁ فإن قيل: عندي يجب الإيتاء بعد القبض بحكم الآية، إلا أني[٢] آمُره بالحطّ لقصر المسافة، وكأن المعنى ـ والله أعلم ـ أن المولى أرسله بإعتاقه، واسترجع شيئا منه بولاية، فكذلك[٣] العبد يعطيه الكتابة ثم يسترجع بعضه ليساويه.

❁ قلنا: هذا يبطل بالإعتاق على مالٍ[٤]، فإن الولاء يبقى للمولى ولا يلزمه إيتاء شيء مما قبض منه؛ ولأن البدل ما وجب إلا بإزاء العتق، والعتق لا ينفكّ عن الولاء، فكان البدل بإزاء ما بعد الولاء؛ ولأن الله قال: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ ﴿وَءَاتُوهُم﴾، فتصرف الهاء والميم إلى من دخلوا[٥] تحت الكتابة، وهم المكاتبون. ألا ترى أنك متى صرّحتَ قلتَ: فكاتبوا عبيدكم إن علمتم فيهم خيرا، وآتوا من كاتبتم[٦] من مال الله، فلا يتعلق إقامة الأمر بإيتائهم بعد العتق؛ لأنه يكون زيادة شرط لم يذكره الله تعالى، إلا أنه يقول: إني لا أعيّن حال العتق، فإنه لو قبض البعض، وآتاه من ذلك قبل أن يقبض الكل صحّ، وكان واجبا ذلك، والأصح من التأويلات مال الصدقة؛ لأن الله تعالى خصّه بالإضافة إلى نفسه، والصدقات هي من مال الله تعالى مصروفة إلى عبيده الفقراء، وأمّا[٧] سائر

[١] «ص» (منهم).
[٢] «ص» (ألا ترى).
[٣] «ص» (وكذلك).
[٤] «ص» (ما قال).
[٥] «ن» (دخل).
[٦] «ص» (وآتوهم من كتابتكم).
[٧] «أ» (فأما).

الأموال فمضافة إلى المُلّاك ، كالمساجد[١] تضاف إلى الله تعالى دون سائر البقاع المملوكة ، فكأن[٢] الله تعالى قال: وآتوهم من مال الصدقات التي هي لله تعالى ، وقد آتاكم الله ، وهي في أيديكم ومِلْكِكُم ، والله أعلم.

|٨٠٩| مسألةٌ: المكاتب إذا عجز عن نجم رُدَّ[٣] في الرق عندهما[٤].

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: لا يُردّ[٥] حتى يعجز عن نجمين ، لما روي عن علي رضي الله عنه[٦]: «إذا اجتمع على المكاتب نجمان قد حلّا رُد في الرق»(٧) ، والمعلّق[٨] بشرطين لا يوجد قبل وجودهما ؛ ولأنه عقد إرفاق فلا يثبت الخيار بأول تغير رفقا به ، حتى يصرّ[٩] عليه.

إلا أنا نحتج بحديث ابن عمر رضي الله عنهما: أنه كاتب عبدا فكسر نجما فرده[١٠] في الرق ، رواه محمد بن الحسن(١١).

وليس في حديث علي رضي الله عنه أنه إذا كسر نجما ما حكمه ، فهو مسكوت عنه ،

---

[١] «ص» (هذا كالمساجد).
[٢] «ن» (وكأنّ).
[٣] في «أ» (رق).
[٤] «ص» (عند أبي حنيفة ومحمد).
[٥] «أ» (لا يرجع).
[٦] «ص» زيادة (أنّه قال).
(٧) رواه ابن أبي شيبة (٣٩٤/٤) ، والبيهقي (٥٧٣/١٠) من حديث الحارث عن علي رضي الله عنه.
[٨] «ص» (والتعليق).
[٩] «أ» (يصير).
[١٠] «ن» (فرد).
(١١) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٩٤/٤) ، والبيهقي (٢٢٦/٤) عن عطاء ، أن ابن عمر رضي الله عنهما: «كاتب غلاما له على ألف دينار ، فأداها إلا مئة ، فرده في الرق».

علىٰ ما عرف من مذهبنا.

والقياس معنا؛ لأن التسليم علىٰ نجومه بمنزلة عين المستحق بالعقد عليه. ألا ترىٰ: [أنه][١] إذا[٢] كسر نجمين خُيِّر كما لو فات بعض المعقود عليه، ولو زاد مال الكتابة بزيادة مُدةٍ في الأجل قبل التسليم، يجوز فيستوي قليله وكثيره كالعيب في المبيع.

وأمّا[٣] معنىٰ الرفق فقد مرَّ [بيانه][٤]، أنه مندوب إليه ونحن نندبه إلىٰ المُساهلة، ولا نضيّق[٥] [الأمر][٦] عليه بأول نجم.

ولا يلزم العيب في المهر فإنّه لا يرد بقليله ويرد بكثيره؛ لأنا لا نرد بقليله لمخافة أن يلحقَه بتقوّم[٧] المهر ضررٌ أكثر من هذا فيفوت فائدة الرد، ومع فوات الفائدة لا يرد بكثير العيب، والله أعلم.

[٨١٠] **مسألةٌ**: إذا اختلفا في بدل الكتابة، لم يتحالفا عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ تَعالى.

وعندهما[٨]: يتحالفان، قال: لأن المولىٰ يدَّعي عليه[٩] زيادة ....

---

[١] ما بين [ ] ليس في «ن».
[٢] «ص» (لو).
[٣] «ص» (فأمّا).
[٤] ما بين [ ] ليس في «س»، «أ»، «ن» والمثبت من (ن).
[٥] «أ» (ولا نضيف عليه)، «ن» (وإلىٰ أن لا نضيّق)، «ص» (وترك التّضييق).
[٦] ما بين [ ] ليس في «أ».
[٧] «ن» (بتقويم).
[٨] «ص» (وعند أبي حنيفة ومحمد).
[٩] «ص» (علىٰ العبد).

بدل[١]، والعبد ينكر، والعبد يدَّعي عليه استحقاق العتاق، بتسليم ما يدَّعيه من المال والمولىٰ يُنكر، فيحلف كل واحد منهما علىٰ إنكاره بدلالة الخبر، وقياسا علىٰ سائر المنكِرين، وعلىٰ المتبايعَين إذا اختلفا في الثمن والسلعةُ غير مقبوضةٍ؛ ولأنه عقد يحتمل الفسخ، فأشبه البيع.

إلا أنا نقول: الكتابة من حيث إنها كتابة تتم بنفس العقد، إيجاب مالٍ بفكاك[٢] حصَلَ للعبد عن حجر الرق في حق اليد والتصرُّف، ولما تم إيجابا بإسقاط لم يجز فيه التحالف، كما في بدل الخلع، وبدل الصلح عن دم العمد والإعتاق بالمال، وهذا لأن الإسقاط يقع مسلّما لا محالة[٣]، فيبقىٰ صاحب البدل مدَّعيا محضا، والآخر منكرا محضا، فلا يجب اليمين علىٰ المدعي بالقياس ولا بالنص العام، علىٰ ما حقَّقْناه[٤] في المتبايِعَين إذا اختلفا بعد هلاك السلعة.

فأما قوله: العتاق غير مسلَّم[٥]، فذلك غير معتبر؛ لأن الاختلاف وقع في بدل الكتابة، وما يجب للعبد بالكتابة نفسها مسلّم وهو[٦] الفك، إلا أن الكتابة عند القبض تصير عتاقا بمالٍ، وذلك عقدٌ آخر ينعقد عند القبض فلا يعتبر حكمه قبل القبض، والعتاق[٧] بمال غير الكتابة، وأنه كالهبة بعوضٍ تنعقد تبرُّعا، ثم

[١] «ن» (فعل).

[٢] «ن» (لفكاك).

[٣] في «أ» (لا يقع).

[٤] «ص» (حققناه).

[٥] «ص» (فأما استحقاق العبد).

[٦] «أ» (وهذا).

[٧] «ص» (فالعتاق).

تتم بالقبض تبعا، فيُعتبر لابتدائه أحكام الهِبات لا أحكام البيوع، والله أعلم.

|٨١١| مسألةٌ: إذا قال المكاتب: كل مملوكٍ أملكه فهو حرّ، مرّت في مسائل تعليق العتق بالشرط[١].

|٨١٢| مسألةٌ: إذا كاتب عبده على ألف درهم إلا وصيف[٢]، صح عند أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى؛ لأن الجهالة بسبب استثناء الوصيفِ[٣]، ولو[٤] كانت[٥] بسبب إثبات الوصيفِ[٦] لم يفسُد فهذه أولى.

وقال أبو حنيفة ومحمد رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَى: لا يصح؛ لأن الجهالة في قدر الدراهم المسماة[٧] فلا يجوز، كما إذا كاتب على دراهم.

وإنما قلنا: إن الجهالة في القدر أنّ المسمى[٨] ما يبقى بعد الوصيف لا الوصيف، وقدر ما يبقى يختلف بجهالة الوصيف في نفسها، فأمّا الوصيف إذا سميت فالجهالة[٩] جهالة وصيف لا قدْر، وقد ذكرنا الفرق بينهما، في النكاح[١٠] على وصيف، والله أعلم.

---

[١] «ن» (بشرط).
[٢] «ص» (وصيفا).
[٣] «ن» (الوصف).
[٤] «ص» (فلو).
[٥] «ن» (بشرط).
[٦] «ن» (الوصف).
[٧] «ن» (المسميات).
[٨] «ن» (بشرط).
[٩] «ص» (لأنّ الجهالة).
[١٠] «ص» (والفرق بينهما قد مر في موضعه من كتاب النكاح).

فصل التدبير

قال علماؤنا رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى: لا يجوز بيع المدبَّر[١].

وقال الشافعي(٢) رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: يجوز[٣]؛ لأن النبي ﷺ باع مدبَّرا، وعن عائشة رضي الله عنها أنها باعت مُدبَّرة سحرتها(٤)، وعن ابن عمر رضي الله عنهما: أنه باع مدبَّرا(٥).

والمعنى فيه: أن التدبير إيصاءٌ[٦] بالعتق للمُدَبَّر، بدلالة أنه يعتبر من الثلث، ولو كان إيجابا للحال لما اعتبر من الثلث كأم الولد، وكمن أعتق أحد عبديه في الصّحة[٧]، ثم مات وبيّن في المرض[٨] لم يعتبر من الثلث، والوصية لا تمنع التصرف، كما إذا أوصى به لرجُل، إلا أن هذه وصيَّةٌ لازمة من حيث إنها تعليق عتق بشرط، فلا يملك رده كسائر وجوه التعليقات، ولكن اللزوم من هذا الوجه لا يمنع التصرف، فإن بيع العبد المحلوف بعتقه جائز، سواء عُلق بشرط كائن كمجيء غدٍ، أو فيه خطر كدخول الدار، ولأن حكم السبب لا يختلف بأن يكون لازما. ألا ترى أن التمليك للشفيع إذا طلب واجب، وحكمه

---

[١] «ص» (بيع المدبر لا يجوز في قول علمائنا).

(٢) انظر: «الأمّ» للشافعي (٢٥٧/٧)، «الحاوي الكبير» (١٠٥/٦).

[٣] «ن» (جائز).

(٤) رواه أحمد (٢٤١٢٦)، والحاكم في مستدركه (٢١٩/٤) برقم: (٧٦١١) والدارقطني في سننه (٢٤٦/٥) برقم: (٤٢٦٧)، وقال الحافظ في التلخيص (٧٧/٤): «وإسناده صحيح».

(٥) لم أقف عليه، والمروي عنه بخلافه.

[٦] «أ»، «ص» (أيضا).

[٧] «ص» (صحته).

[٨] «ص» (ثم بيّن في المرض أو مات قبل البيان).

حكم تمليك غير واجب.

وإذا أوصىٰ بأن يباع عبده من فلان[١] وجب بيعه وحكمه حكم تمليك غير واجب، وإذا أوصىٰ بأن يباع عبده من فلان وجب بيعه وحكمه حكم بيع غير واجب علىٰ أن التدبير غير لازم عندنا ويمكن فسخه، وليس المدبر كأم الولد، فإنه قد سرىٰ[٢] فيها شعبة من شعب العتق، بعلوق الولد حر الأصل جزءا منها، واستحقت[٣] عتق ما بقي، إذ إعتاق المولىٰ جزءا من العبد يوجب عتق الكل علىٰ أصلي، إلا أنها استحقت عتقا متأجلا؛ لأن الولد جزء من وجهٍ دون وجهٍ، فلم يوجب عتقه عتق الأم كنفس منفصلة، وأوجب حق العتق كجزء شائع نحو الربع والثلث[٤]؛ ولهذا تعتق من جميع المال؛ لأنها استحقته في حال الصحة، أو بسبب مأذون للمولىٰ شرعا وهو الاستيلاد، فلم يعتبر من الثلث، ولو استحقته وصيه لكان من الثلث عتقها لا محالة، ولكان الموت[٥] هو الموجب علىٰ الحقيقة كما في سائر الوصايا، فالوصية أخت الميراث، والإرث يضاف إلىٰ الموت والنسب جميعا، لا[٦] أن يكون الموت شرطا، بل هو أحد وصفي العلة، فكذلك[٧] في الوصية، ولما كان الموت أحد الوصفين، وهو آخرهما أضيف الوجوب إليه، فلا يثبت التبرع إلا من الثلث، فلما عتقت أم الولد من جميع

---

[١] «ص» (فلانا).

[٢] «ص» (سرت).

[٣] «ص» (فاستحقت).

[٤] «ن» (بحق الثلث والربع).

[٥] «س» (الموجب) والمثبت «أ»، «ن».

[٦] «ص» (إلا).

[٧] «ص» (وكذلك).

المال علم أنها تعتق بالاستيلاد[١]، وأن الحق ثبت[٢] لها بالاستيلاد، لكن متأجِّلا إلىٰ ما بعد الموت، كما إذا أعتق أحد عبديه، ثم بيَّن في المرض كان من جميع المال؛ لأنه استحقه بالإيجاب الأول، لكن في حق العين منهما كان متأجلا إلىٰ حين البيان.

ولعلمائنا[٣]: ما رویٰ أیوب[٤] السختياني بإسناده عن نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ: «المدبَّر لا يُباع ولا يُوهب وهو حرّ من الثلث»(٥).

وعن أبي سعيد الخدري، وجابر بن عبد الله أن النبي ﷺ «نهىٰ عن بيع المدبر»(٦)، وهو مذهب عمر، وعثمان، وزيد بن ثابت، وعبد الله بن عمر[٧] ﷺ.

وتأويل ما رواه الخصم: ما ذكره محمد بن الحسن رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى بإسناده، أن النبي ﷺ: «باع خدمة مدبر، ولم يبع مدبرا»(٨)، وهذا لأنّ أهل المدينة يسمون الإجارة بَيعا، أو باعه من نفسه، أو كاتبه، أو كان حين باع سُرّق[٩] بالدين وهو حرّ، فإن بيع المدبر كان يجوز، حين كان يباع الحر، وهذا كما روي أن النبي ﷺ باع أم

[١] «س» (بعتق الاستيلاد) والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٢] «ن»، «ص» (يثبت).

[٣] «ص» (ولنا).

[٤] «ن» (أبو يوسف).

(٥) رواه الدارقطني (٥/٢٤٤)، والبيهقي (١٠/٥٢٩) وإنما هو عن ابن عمر موقوف من قوله، ولا يثبت مرفوعا.

(٦) سبق تخريجه.

[٧] «أ» (وعبد الله بن عمر وزيد بن ثابت).

(٨) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه (٦/٥٧٦)، والبيهقي (٢١٥٥٦) وقال: «ما روىٰ هذا عن أبي جعفر فيما علمت أحد يثبت حديثه».

[٩] «ص» (سرف).

ولد[١]، وكذلك تأويل حديث عائشة، والخبر[٢] حكايةُ فعلٍ لا عموم له، فيسقط[٣] الاحتجاج به.

وأما ابن عمر ﷺ فقد روينا عنه بخلافه موقوفا عليه ومسنَدا(٤)، فيصير ما روي محمولا علىٰ أنه كان مذهبه قبل بلوغه الخبر، فلما بلغه الخبر رجع إلىٰ النص، وهذا هو الأصل في قول الراوي بخلاف الرواية إذا لم يظهر التاريخ.

والمعنىٰ في المسألة: أن عتاق المدبر متعلق بمطلق موت المولىٰ، فوجب أن يحجر المولىٰ عن إبطاله قياسا علىٰ عتاق أم الولد، ونعني بمطلق الموت: موتا بغير صفة، وهذه أوصاف مؤثرة.

أما العتاق؛ فلأن العتاق متىٰ علق بالشرط[٥]، أو أضيف إلىٰ وقت، لزم المولىٰ بحيث لا يمكنه فسخه قصدا، كما لو قال لعبده: أنت حر غدا، أو إذا جاء غد، والتدبير عتق مضاف إلىٰ دبره، أي: بعد موته، أو[٦] تعليق بالموت[٧]، ما ههنا وجه ثالث، وفي الحالين يكون لازما، بخلاف إيجاب الملك، فإنه متىٰ أضيف إلىٰ وقت، أو عُلق بشرط لم يلزم، بل فسد في غير الموت وفي الموت يصح، ولا يلزم بالإيجاب[٨] المرسل، وهو الهبة

[١] «ن» (ولده).

[٢] «ص» (والحديث).

[٣] «ن»، «ص» (فسقط).

(٤) رواه وابن أبي شيبة في مصنفه (١٧٥/٦) برقم (٢١٠٥٦)، والدارقطني في سننه (٢٤٥/٥) برقم (٤٢٦٥) وقال: «هذا هو الصحيح موقوف».

[٥] «ص» (بشرط).

[٦] «ص» (أي).

[٧] «ص» (الموت).

[٨] «ص» (كالإيجاب)، «أ» (الإيجاب).

والصدقة، فإنه لا يلزم قبل التسليم.

﴿ فإن قيل: إن هذا العتق ثبت في ضمن وصية[١]، والوصية لا تكون لازمةً فكذلك مع العتق. ألا ترىٰ أن في الكتابة عتاقا[٢] معلقا بالأداء، ويحتمل الفسخ؛ لأنه ثبت في ضمن الكتابة وهي غير لازمة.

﴿ قلنا: إن الكتابة عقد معاوضة مال بفكاكٍ عن الرق في حق اليد والتصرف، علىٰ ما مر[٣] في مسألة المكاتب، وتمام الفكاك عند الأداء، فيكون العتق عند الأداء، بحكم تمام العقد بقبض البدل، لا بحكم شرط العتق، ويكون[٤] قوله: إن أديت إليَّ ألفا فأنت حرّ، تفسيرا لحكم الكتابة، لا تعليقا بنفسه، وتأخر[٥] العتق إلىٰ حين الأداء، ليس بالتعليق[٦] ولا بالإضافة إلىٰ وقت، بل بحكم المعاوضة، فإنها[٧] توجب الملكَ في[٨] البدلين معاً، وملك المولىٰ في البدل تأخر إلىٰ حين القبض، فكذلك ملك العبد رقبته يتأخر إليه، كما قلنا في باب الإجارة: إن ملك المستأجر للمنافع لما تأخر إلىٰ حين وجود المنفعة، تأخر ملك الآخر في الأجرة[٩]، لا بحكم التعليق بالشرط، وإذا كان كذلك ثبت أنه ليس فيه تعليق عتق بشرط، ولا إضافة عتق إلىٰ وقت؛ ليلزم بهذا

[١] «ص» (وصيته).
[٢] «ن» (إعتاقا).
[٣] «ص» (ما بينا).
[٤] «أ» (فيكون).
[٥] «ص» (وتأخير).
[٦] «ن» (بتعليق).
[٧] «أ» (وإنّها).
[٨] «ص» (من).
[٩] «ن»، «أ» (الأخيرة).

السبب بل معاوضة ملكٍ[١] بفكاكٍ، فما لم يتم الفك بالعتق قَبل الفسخ، فأما[٢] الوصية فما تفسيرها إلا إضافة إيجاب حق إلى الموت أو تعليق، فإذا كان المضاف عتقا لزم، لأن[٣] الموت[٤] ألزم من غيره، فإن المال إذا أضيف إلى شرط آخر لم يصح أصلا، وإلى الموت يصح، فإذا صح العتق[٥] بسائره، ويلزم[٦]، فههنا[٧] أولى، فصار تأثير قولنا: عتق معلّق[٨]، في أنه لازم بنفسه لا يحتمل الفسخ، خلافا للشافعي ﷺ أنه يحتمل الفسخ.

وأما تأثير قولنا: في أنه متعلق بالموت، في أن الإيجاب إذا أضيف إلى الموت صح سببا للحال لحكمه الذي يثبت[٩] بعد الموت لصاحبه، وإذا علّق بشرط آخر لم يعتبر التعليق سببا، بدليل أن الإضافة إلى سائر الأوقات لا تصح، إلا إسقاط محض[١٠]، لا إيجاب فيها لأحد قصدا، ولا تصح التمليكات التي فيها إيجاب، وإذا أُضيف إلى الموت صح التمليك الذي فيه إيجاب، فعُلم أنه يصح سببا موجبا متى كان موتا.

ولأن السبب ما يتقرر عند ثبوت حكمه، والعتاق المعلق بشرط آخر غير

---

[١] «ص» (عتق).
[٢] «ن» (وأمّا).
[٣] «ن» (فإنّ).
[٤] «ن» (العتق).
[٥] «ن» (العتاق).
[٦] «ن» (ولزم).
[٧] «ص» (فالموت).
[٨] «ن» (متعلّق).
[٩] «ن» (ثبت).
[١٠] «ن» (في إسقاطات محضة).

الموت يمين، واليمين ترتفع إذا حنث فيها.

وعلىٰ ما بينا في مسألة تعجيل الكفارة قبل الحنث، وإنما يعتق العبد بقوله: أنت حر، كما لو أرسله للحال، وأنه ليس بيمين، والإيجاب المعلَّق بالموت يتقرَّر عند الموت؛ لأن الإيجاب المعلّق بالموت في حكم المضاف إليه؛ لأنه يصح كذلك، فيقول: أنت حر عن دبري، ولك ثلث مالي بعد موتي، كقولك[١]: لله علي أن أتصدق بدرهم غدا، فيعتبر سببا للحال؛ لأنه لا يبطل بعد مجيء الوقت بل يتقرّر، إنما يبطل الأجل عن[٢] حكمه لا غير فكذلك[٣] ههنا؛ ولهذا يبقىٰ حكمه بعد الموت، وقد ذكرنا في مسألة المكاتب يموت[٤] عن وفاء، أن حكم الأحياء بعد الموت إنما يثبت لهم وعليهم إذا تقرر سببه حال الحياة، فإن[٥] الوصية في حق الموصِي سبب[٦]، فأما ما لم يتقرر سببا فلا، والميت فيه والجماد سواء، ولأن الإيصاء[٧] إثبات[٨] عقد الخلافة في ملكه[٩] للموصَىٰ له مقدَّما علىٰ الوارث، فاعتُبر للحال سببا[١٠] لإثبات الخلافة كالنسب[١١] والولاء.

---

[١] «ن»، «ص» (كقوله).

[٢] «ص» (غير).

[٣] «ص» (وكذلك).

[٤] «ن» (إذا مات).

[٥] «ن» (وإن).

[٦] في «أ» (بسبب).

[٧] «ص» (الوصية).

[٨] «أ» (الثابت).

[٩] «ص» (ملك).

[١٠] «ص» (فاعتبرت سببا للحال).

[١١] «ص» (كالسبب).

وأما تأثير مطلق الموت في أنه كائن لا محالة ، فيصير العبد موصًى له برقبته وعتقه بلا شكٍّ ، والوصية لازمة وهي سبب للخلافة في العتق بعد موته ، فيثبت للحال حق أن يعتق بعد الموت لازما ، وكان بمنزلة أم الولد حيث يثبت لها العتق بعد الموت بيقين ، إن بقيت بعد الموت بسببٍ لازم وهو الاستيلاد ، فثبت لها حق أن تعتق لازما على المولى[١] قبل الموت ، وهذا كما ثبت[٢] للشفيع حق التملُّك بجواره ، وإن لم يملك إلا بعد التسليم إليه ؛ لأن السبب موجود وأنه لازم.

❁ فإن قيل: أم الولد سرى[٣] فيها شعبة من شعب العتق[٤].

❁ قلنا: لو كان كذلك لحرم على المولى وطؤها ، فإن المكاتبة تحرم لخلل في الملك ، وإن لم يسرِ فيها شعبة من شعب العتق ، وكذلك معتقة البعض ، والتدبير[٥] عتق مضاف إلى وقت ، فيلزم[٦] كالإضافة إلى غد ، والإضافة إلى الموت ، فيعتبر سببا للحال لاستحقاق بعد الموت كالنسب ، وكذلك إذا عُلّق بالشرط ؛ لأن المعنى المعتبر منه الإضافة ، فيصير حكمه مأخوذا من أصلين ، كقول الرجل لآخر: أعتق عبدي إن شئت ، فإنه لازم ويقتضي الجواب في مجلس العلم ، بخلاف الوكيل وبخلاف اليمين ؛ لأنه من حيث إنه تعليق بشرط المشيئة يمين بالعتق فيلزم ، ومن حيث إنه تعليق بالمشيئة تمليكٌ ؛ لأن المالك هو الذي

[١] «ص» (الموت).
[٢] «أ» ، «ن» (يثبت).
[٣] «ص» (قد سرت).
[٤] «ص» (العتاق).
[٥] «ص» ، «أ» (فالتدبير).
[٦] «أ» (وما).

يفعل إن شاء وإن شاء ترك، والتمليك[١] يقتضي الجواب في المجلس، كما لو قال له: أمر عبدي بيدك، فيؤخذ حكمه من أصلين[٢] لا من أصلٍ واحدٍ.

والذي يدلّ عليه: أن تعليق التمليك بالشرط لا يجوز بحال، والوصاية في جانب المال تعليق ملك بشرط الموت، وإنه باطل، فعُلم أنها صح؛ لأنها إثبات سبب الخلافة للموصَىٰ له كالنسب، ثم الملك يقع حكما؛ لأنه خلفه فيه؛ ولهذا يقع الملك له من غير قبول كما للوارث، والخلافة ضربُ حقٍّ، وإذا كانت الخلافة في العتق كانت لازمةً، فثبت حق أن يعتق، وهو تفسير الخلافة، وثبت لازما كسببه، بخلاف الخلافة في المال، فإنها لا تلزم؛ لأنها خلافة تبرع بالمال، ولو وهب ونجّز الإيجاب لم يلزم، ما لم يسلّم ويقع الملك فهذا أولىٰ، والعتاق لو تنجّز لزم، فكذلك يلزم ثبوت الحق بالخلافة.

❁ **فإن قيل:** لو كان كذلك لعتق من جميع المال.

❁ **قلنا:** لا هكذا؛ لأنه يثبت[٣] له حق أن يعتق بعد الموت، والعتاق إبطالُ ملكٍ فيعتبر من الثلث إذا لم يكن من حوائج الميت[٤]، كالوصية بالمال والهبة في المرض، وما هو[٥] من حوائجه العاجلة، وإنما له ثواب في الآخرة، ومعدنه الثلث كالصدقة، وبعد الدين الذي هو من فروض[٦] الوقت، وأمّا العتق

[١] «ص» (فالتمليك).
[٢] «ن» (الأصلين).
[٣] «ص» (ثبت).
[٤] «ص» (فيعتبر من الملك إذ الملك من حوائج الميت).
[٥] «ص» (وما هذا).
[٦] «ص» (فرض).

بالاستيلاد وإن كان بعد الموت فهو[١] من حوائجه ؛ لأن قوامه بالنسل من طريق المعنىٰ ، كما أن قوامه بالأكل حقيقة[٢] ، ولو أكل جميع ماله أو لبس[٣] في مرضه لم يعتبر من الثلث ، وكذلك الجهاز بعد الموت[٤] لم يعتبر ، فكذلك[٥] هذا أيضا .

ألا ترىٰ: أنه لو تزوج في مرضه اعتبر من جميع المال ، وكذلك لو استولد في المرض وإن ثبت الحق للحال ، ولم يعتبر بالإعتاق[٦] أو التدبير قصدا للحال ، والإعتاق أوجب[٧] للحق من الاستيلاد .

فأما الجواب عن قوله: إن حكم السبب لا يتغير بالوجوب ، فكذلك ، لا يقع العتق إلا بعد الموت ، ولكن بالوجوب يصير مَن عليه محجورا عن إبطاله ، والحق الثابت بالسبب مستحقا لمن انعقد السبب له ، وذلك حق الخلافة في العتق ، كما ثبت للشفيع حق التملُّك شراء من المشتري بخلافه[٨] ؛ لأن التمليك وجب في حقه[٩] دون غيره ، فكذلك ههنا يثبت[١٠] حق أن يعتق لازما .

وأما قوله: إن وجوب العتق يقتصر علىٰ الموت ، فمسلّم له ذلك ، وإنما

---

[١] «ص» زيادة (أحق) .

[٢] «ص» (من طريق الحقيقة) .

[٣] «أ» (ليس) .

[٤] «أ» (الجهاد وبعد الموت) .

[٥] «ص» (فكذا) .

[٦] «أ» (الاعتاق) .

[٧] «ص» (ابتداءا إيجابا) .

[٨] «ن» ، «أ» (بخلاف غيره) .

[٩] «ن» (لحقه) .

[١٠] «ص» (ثبت) .

أثبتنا له قبل الموت حق أن يعتق بالموت، كما أثبتنا[١] للشفيع حق أن يملك، والملك مقصور على حين التسليم إليه بقضاء أو رضا.

ولا يلزم إذا قال: إن مت من مرضي هذا[٢] فأنت حر؛ لأنه ربما لا يموت منه، فلا يصير موصًى له برقبته، فلا يثبت له الحق قَبل ثبوت الوصية.

ولا يلزم إذا قال: أنت حر قبل موتي بشهر، ومضى شهرٌ فإنه يعتق بمطلق موته، وله أن يبيعه؛ لأنه يعتق بالشهر الذي قبل موته كما سماه، فيجب اعتباره بالعتق المضاف إلى غد، وأنه لا يثبت حقا للعبد للحال، وإنما يصح السبب إبطالا على المولى لملكه لا من حيث إنه إيجاب للعبد، حتى لم يصح إيجاب الملك بمثله لما كان فيه إيجاب للآخر، وإذا أضيف إلى الموت صح، من حيث إنه إيجاب لا من حيث إنه إبطال، حتى صح بالمال ولا إبطال ثَمَّ، بل هو تمليكٌ محضٌ، ولما صح من حيث إنه إيجابٌ، ثبت به حق أن يستحق ذلك الحق في الثاني؛ كما[٣] ذكرنا.

ولا يلزم إذا قال: أنت حر بعد موتي بيوم؛ لأنه لا يعتق بموته، ولا يخلف الميت في نفسه إلا بالإعتاق المبتدأ، فكان قوله[٤]: أعتقوه بعد موتي، فيكون المتعلق بالموت ثبوت ولاية التصرف للوصي[٥]، لا خلافة العبد، فلا[٦] يعتبر

---

[١] «ص» (أثبت).

[٢] «أ» (مرض كذا)، «ص» (كذا).

[٣] «ن»، «ص» (لما).

[٤] «أ»، «ن» (كقوله).

[٥] «ن» (للمولى).

[٦] «أ» (فلما).

سببا للحال، بل يعتبر سببا للموصَىٰ له[١]، ثم حق العبد يثبت علىٰ الموصَىٰ إليه والورثة فيمنع[٢] الإرث، فأما علىٰ الموصِي فلا.

ولا يلزم إذا قال: كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتي، وله مماليك واشترىٰ مماليك ثم مات عتقوا جميعا، ولو باع الذين اشتراهم صح؛ لأن الذين اشتراهم لا يدخلون تحت الوصية بالعتق إلا عند الموت، وهذا لأن الوصية إذا أضيفت إلىٰ موجود صحت للحال، وإذا أضيفت إلىٰ معدوم توقَّفت علىٰ الموت[٣]، كما إذا أوصىٰ لولد عبد الله وله ثلاثة أولاد فمات واحد منهم، بطل ثلث الوصية؛ لأن الوصية تناولتهم جميعا، ولو لم يكن له ولد، فوُلد له ثلاثة أولاد، ثم مات واحد منهم كانت الوصية للباقين، لأن الثالث[٤] لم يدخل تحت الوصية؛ لأنهم كانوا معدومين عند الإيجاب، فيتناول ما يوجد عند الموت.

ونظيره: الوصية بالمال إن أضافها إلىٰ موجود تعلّق[٥] به وبطل[٦] بهلاكه، ولو أضافها إلىٰ معدوم لم يدخل تحت الوصية إلا ثلث ماله عند الموت، وهذا لأنّ الوصية إيجاب سبب الخلافة للحال، ويجب[٧] حكمه عند الموت، واستغنت[٨] عن المحل بين الإيجاب والموت؛ لأنه لا يحتاج إليه إلا للحُلول،

---

[١] «أ»، «ص» (إليه).

[٢] «ن» (فمنع).

[٣] «أ» (المولىٰ).

[٤] «ن» (الثلث).

[٥] «ص» (تعلقت).

[٦] «ص» (بطلت).

[٧] «ص» (وتحت).

[٨] «ن» (فاستغنت).

إما حُلول الانعقاد بالمحل، وإما حلول الحكم، وليس بينهما حلول، فلا يعتبر المحل بين الابتداء والانتهاء، والله أعلم.

|٨١٣| مسألةٌ: المدبر يعتق من الثلث. وقال إبراهيم النخعي رَحِمَهُ اللَّهُ: من جميع المال[1]، كأمّ الولد.

والفرق بينهما ما ذكرنا في المسألة الأولى.

(١) رواه سعيد بن منصور في سننه (١/ ١٥٨)، والدّارمي في سننه (٤/٢٠٧٠) بإسناد صحيح.

فَصْـــلٌ
أم الولد

مسائل خلافها تُبتنىٰ علىٰ معرفة:

* سبب الاستيلاد.
* وحكمه.

فصل السبب

[٨١٤] مسألةٌ: قال علماؤنا رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى: السبب الموجب لعتق[١] الأم نسب الولد. وقال الشافعي(٢) رَحِمَهُ اللهُ: علوق الولد حرًّا.

وإنّما يتبيّن هذا بمن استولد أمة بنكاح ثم اشتراها، صارت أم ولد عندنا بنسب الولد، وإن كان الولد رقيقا. وقال الشافعي رَحِمَهُ اللهُ: لا يثبت[٣].

وأمّا إذا اشترىٰ أمة فاستولدها[٤]، ثم استحقت ثم ملكها المستولِد صارت أم ولد عندنا. وقد اختلف مشايخهم فيه: فمنهم[٥] من يقول: تصير أم ولد؛ لأن

[١] «أ» (بعتق).

(٢) انظر: «الأمّ» (٣/١٤٧)، «الحاوي الكبير» (٦/٥٧).

[٣] «ص» (لا تصير أمّ ولد له).

[٤] «ص» (واستولدها).

[٥] «ص» (ومنهم).

الولد علّق حرّا ظاهرا. ومنهم من يقول: لا ؛ لأن العلوق حرا سبب، وإنما يعمل في الملك القائم دون ما يحدث، كما لا يصح علىٰ أصله العتق المضاف إلىٰ الملك ؛ لأن السبب لم يوجد في الملك.

وقد أشار محمد ابن الحسن رَحِمَهُ اللهُ تَعَالى إلىٰ هذا الأصل في كتاب الإقرار ؛ لأن الموجب علوق الولد حرا أو النسب، وقد وُجد في غير الملك، فجاز أن ينعقد موجبا عندنا في الملك إذا صح بنفسه، كاليمين المضاف[١] إلىٰ الملك، وعنده لا يصح سببا للعتق بلا ملكٍ، فهذا[٢] مستقيم، لكن فروع المسألة[٣] كلها لا تخرج علىٰ هذا الأصل، فإن من أعتق أم ولده، فارتدت[٤] ولحقت بدار الحرب وسُبِيت، ثم ملكها المستولِد صارت أم ولد، والعتق الذي ثبت حقا لها بالعلوق أو بالنسب[٥] قد وصل إليها، فلا يبقىٰ لها حق بذلك السبب، كما لو كانت مدبرة، والمسألة بحالها فإنها لا تعود مدبرة، فلما عادت أم ولد، علم أن هذا الحق الذي ثبت لها، حق جديد بسبب جديدٍ، وهو قيام النسب للحال دون ما مضىٰ، فإذا[٦] كان السبب[٧] القائم بنفسه بعد الملك سببا عندنا ؛ لابتداء حق العتق، لم يُحتج إلىٰ البناء بما وُجِد قبل الملك، وعلىٰ أصله قيام النسب للحال لا يكون سببا، وما مضىٰ كان قبل الملك فلا يصلح علىٰ أصله، فيحتاج إلىٰ أن نتكلم[٨] لإبطال

[١] «ص» (المضافة).
[٢] «ص» (وهذا).
[٣] «ص» (الجملة).
[٤] «أ» (ثم ارتدت).
[٥] «أ» (النسب).
[٦] في «أ» (فأما إذا).
[٧] «ن» (النسب).
[٨] «ص» (يتكلم).

العلوق حرا ، ثم لإثبات[١] أن النسب القائم بعد الموت سبب.

أمّا الشافعي رحمه الله **فيُحتج له:** بأنا وجدنا عتق بعض الأصل موجبا عتاق الكل للباقي ، حالًّا عند بعضهم ومؤجَّلا عند البعض ، والاستيلاد على وجه تعلّق الولد حرا إعتاق لبعض الأم ؛ لأن الولد بعضها ومنها يُنتزع ، فالماء سلالة[٢] منها كاللبن ، وإنماء[٣] يكون على حكم سائر الأجزاء في الرق والاستيلاد بغير حكم ذلك الجزء إلى عتق ، فكان إعتاقاً لجزء[٤] منها حكما ؛ لأنّ الماء حين ينسل منها ينسل[٥] جزءا منها والعتق مقارن ، وهذا وجه يوجب عتق الكل للحال ، إلا أنّ الماء ينسل في حكم نفس آخر[٦] ، خصوصا في حق العتق ، فإنّ الماء يقبل الإعتاق مقصودا بنفسه إذا أعتق ما في البطن ، وهذا الوجه يوجب الاقتصار عليه دون الأم ، كما بعد الانفصال أو بعد العلوق ، فأثبت حقّ العتق[٧] ليكون أمرا بين الثبوت والعدم ، وقد ثبت الحقّ وانعدم[٨] الحقيقة عملا بالشبَهين ، فأمّا ثبات نسب الولد فموجب عتق الولد بحكم البعضية بينه وبين أمّه[٩] ، ولا يوجب للأمّ شيئا ؛ لأنها أبعدُ من المولى من أخيه.

وقد ذكرنا أن الأخوة ليست بسبب للعتق فهذا أولى ، وصار على أصْلكم

[١] «س» (الإثبات) ، والمثبت من «أ» ، «ن» ، «ص».

[٢] «أ» ، «ن» (بسلالة).

[٣] «أ» (والماء).

[٤] في «أ» (إعتاق الجزء).

[٥] «ن» (بسلالة).

[٦] «ن» ، «أ» (لآخر).

[٧] «ن» (العلوق).

[٨] «ن» (فانعدم).

[٩] «أ» (أبيه).

كمن ملك أمة بولدها ، وقد ولدت منه بزنا ، فإن الولد يعتق بحكم البعضية ، ولا تعتق الأم ؛ لانعدام البعضية بين الأم والمولىٰ ، وحال ما يعتق الولد لا بعضية بين الولد والأم ؛ ليسري إلىٰ الأم فاقتصر عليه ، فكذلك[١] فيما[٢] نحن فيه ، حتىٰ[٣] كان عتاق الولد طارئا اقتصر عليه ؛ لأنهما نفسان في حق العتق[٤] قبل الولادة[٥] وبعده[٦] ، فأمّا حال قذف الماء فالنفس واحدةٌ ، والماء ينسل منها كما ينسل عضو منها بالقطع ، فإذا خرج الماء جرا بالاستيلاد صار له شبهة إعتاق البعض ؛ وإنما قال رسول الله ﷺ لمارية أم ولده إبراهيم: «أعتقَها ولدُها»(٧) لهذا المعنىٰ ، فإن عتق الولد أعتقها بحكم السراية علىٰ ما قلنا ؛ ولهذا سميت أم الولد ؛ لأنها بتبعية الولد تعتق[٨] ؛ لأن العتق من الولد يسري إليها[٩] .

إلا أنا نقول: هذا إعتاق يجب للأم علىٰ المولىٰ ، فإن الولد[١٠] للمولىٰ وقد وجب بسبب الولد ، علىٰ ما قال النبي ﷺ: «أعتقَها ولدُها»(١١) ، فنقول: إنما عتقت أو ثبت لها حق العتق للحال ، بنسبتها إلىٰ المولىٰ بالولد الثابت النسب

[١] «ص» (وكذلك).
[٢] «ص» (وما).
[٣] في «أ» (متىٰ).
[٤] «ن» (الغير).
[٥] «أ» (الولاد).
[٦] «ن» ، «ص» (وبعدها).
(٧) سبق تخريجه.
[٨] «ن» (لأنها تبعت الولد في العتق).
[٩] «ص» (سراية من الولد إليها).
[١٠] «أ» (الولاء).
(١١) سبق تخريجه.

منه، حتى قيل: أم ولده، فلما[١] اتصلت[٢] نسبتها إلى المولى بنسب الولد وهو العلة، صار الولد مُعتِقا أمَّه بنسَبِه، وكذلك الإضافة تدل عليه، فإنه يقال: أم ولده، فيكون دلالة على أن الحكم تعلق به كالمدبر والمكاتب[٣]، فإن قدر ما ثبت[٤] لهم من الحق ثابتٌ به، والنسبة قائمة مع رق الولد؛ ولأن العتاق في الأصل ما يستحق إلا ببعضه[٥] بلا واسطة كالولد، أو بواسطة كالأخ والجد، فإنه مع أخيه كان بعضا من أصلٍ واحدٍ، فكذلك العتق المعلق بالموت؛ لأنّه يصير عتقا إذا جاء الموت، فلا يضاف إلا إلى البعضية[٦]، ولا بعضية بين المولى وأم الولد بلا واسطة[٧]، وبينهما بعضية بالولد، فإنه مخلوق من مائهما جميعا فهو بعضهما، وإلى هذا أشار عمر ﵁، حيث نهى عن بيع أمهات الأولاد، وقال: «بعدما اختلطت لحومكم بلحومهن، ودماؤكم بدمائهن»(٨)، وذلك بالولد دون الحرية، وما بينهما اتصال بعضية بوجه على الحقيقة، فطُلب من جهة الحكم، وهو بالانتشار[٩] فيقال: هي أم ولده، فتُنسب بالولد الذي هو منهما إلى المولى، فتعدَّى[١٠] إليها حرمة البعضية الثابتة في الولد بسببه[١١]، فيثبت[١٢] حق

[١] «ص» (ولما).
[٢] «ص» (اتصلت).
[٣] «ص» (كالمكاتب والمدبر).
[٤] «ص» (يثبت).
[٥] «ص» (ببعضية).
[٦] «ن» (بعضه).
[٧] «ص» زيادة (بينهما).
(٨) سبق تخريجه.
[٩] «ن»، «ص»، «أ» (بالانتساب).
[١٠] «ص» (فيتعدى).
[١١] «ن»، «ص» (بنسبه).
[١٢] «ن» (فثبت).

العتق كما يثبت[١] للجد والأخ ، إلا أن بعضيتها أحق ؛ لأن ولد الولد بعضُ بعضِ الجد بالواسطة ، والأخ بعض أصل أخيه ، فكانت[٢] البعضية بينهما ثابتة في الأصل حسا ، فيُنجّز[٣] العتق وعَمِل عمله عندنا وإن كان عن زنا ، فلم[٤] يثبت النسب لثبوت البعضية حسا ، وههنا لا بعضية بالواسطة حقيقة بين الأصلين ؛ لأن الواسطة تفرع[٥] منها[٦] ، فلا يبقى للأصل بنفسه مع الأصل تبعض[٧] ؛ لأنّ ما تفرع من هذا اقتصر في الولد ولم يتعدّ[٨] إلى الآخر ، كمائين غرفا من نهرين[٩] فجمعا في كوز ، لم يثبت بهذا الجمع بين النهرين بعضية ، فأما الأخوان فمثل: كوزي ماء أخذا من نهر ، فيكون بينهما بعضية كانت فانفصلتْ ، وإذا كان كذلك احتيج إلى سببٍ[١٠] قائم بين الأصلين ، تعدَّىٰ إلى الأم به حُرمة البعضية ، فيضيف العتق إليه ، وهو النسبة إلى المولى بالولادة[١١] الدال على البعضية ، فإن جاءت النسبة ثبتت حرمة البعضية حكما ، فأوجبت عتقا معلقا بالموت ، دون ما أوجبت وصلة الأخوة ، وإن انقطعت النسبة بالزنا ، ولا بعضية حسا لم يعمل.

فأما ما اعتبره الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ من علوق الولد حرا وهو بعضها ، فيكون

[١] «ن» (ثبت).
[٢] «أ» (وكانت) ، «أ» (فكانت).
[٣] «أ» (فتنجز).
[٤] «ن» (ولم).
[٥] «أ» (تفرعت).
[٦] في «أ» (منهما).
[٧] «س» (تنقص) والمثبت من «أ» ، «ن».
[٨] «ن» (ولم ينفذ).
[٩] «ص» (نهر).
[١٠] «ن» (نسب).
[١١] في «أ» (بالولاد).

حينئذ من جنس عتق الرجل بعض عبده ، ولا[١] يكون كرامة بسبب الولاد ، وهذا حق ثابت باسم أنها أم ولده كرامة بسبب الولاد. ولأن بعضية الولد[٢] باقية ما لم تلد. ألا ترىٰ أن المولىٰ إذا أعتق الأم واستثنىٰ الولد ، أو وهب دخل الولد تحت العتق والهبة كاليد ، وبالإجماع لو أعتق الولد بعد الخلق لم يثبت للأم حق العتق.

ولأنه حين العلوق وانفصال الماء وإن كان جزءا متصلا بها ، فهو للفصل فلا يعتبر في حق العتق بالمتصل من جزء شائع ؛ لأنه لا يقبل الفصل ، ولا يمكن الجمع بين حكم الرق والعتق ، فغُلّب[٣] حكم العتق ، وهذا[٤] لما كان للفصل أمكن الفصل بينهما ، فلم يحتج إلىٰ ترجيح أحدهما علىٰ الآخر وإعمال العتق فيما لم يقع.

أو نقول: لما كان الماء بعضا من وجهٍ غير بعض من وجهٍ قلنا: إذا أعتق الأم دون الولد عتق كاليد ، وإذا أعتق الولد أو عُلّق حرا لا يسري إلىٰ الأم كالمنفصل ؛ ولأنا إن سلَّمنا علّتهم لم تضرنا[٥] ، فهي[٦] لا تمنع من أن يكون النسب[٧] علة أيضا ، والله أعلم.

❊ ❊ ❊

[١] «ص» (فلا).
[٢] «ن» (البعضية للولد).
[٣] «ص» (فغلبت).
[٤] «ص» (هذا).
[٥] «ص» (فلا يضرنا).
[٦] «ص» (فإنها).
[٧] «ص» (السبب).

فَصْلٌ[١] الحكم

|٨١٥| [مسألةٌ]: قال أصحابنا[٢] رضي الله عنهم لا يجوز بيع أم الولد[٣].

وقال[٤] بعض الناس يجوز(٥)، ولم يبق لهم تبع.

واحتجوا بما روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما: «كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ»(٦). وروي عن سلامة أنها قالت: اشتراني الحُباب[٧] بن عمرو[٨]، فولدت منه، ثم مات فجئت النبي عليه السلام فأخبرته، فقال عليه السلام: «أين وارث الحُبَاب»؟، فقام[٩] أبو اليَسر بن عمرو[١٠] وقال: أنا، فقال عليه السلام: «أعتقوا هذه، وإذا أتانا سبيٌ[١١] فأتونا حتى نعوضكم»(١٢)، ولو كانت حرة بالموت لما صح الإعتاق، ولا وجب التعويض؛ ولأن عتق الولد لا يوجب عتق الأم، كالإعتاق

[١] «س» (مسألة) والمثبت من «ن»، «ص».
[٢] «ص» (علماؤنا).
[٣] «ن» (بيع أم الولد لا يجوز).
[٤] «ن» (وعند).
(٥) انظر: «الاستذكار» (٧/٣٣٠)، «المغني» (١٠/٤٦٩)، «المجموع شرح المهذب» (٩/٢٤٣).
(٦) رواه أبو داود (٣٩٥٤)، وابن ماجه (٢٥١٧) وأحمد (١٤٦٧٠)، وابن حبان (٤٣٢٤)، والبيهقي (٢١٨٣٠) وقال: «ليس في شيء من هذه الأحاديث أن النبي ﷺ علم بذلك فأقرهم عليه».
[٧] «أ» (الختات).
[٨] «ن» (عمر).
[٩] «ن» (فقام).
[١٠] «ن» (عمر).
[١١] «أ» (شيء).
(١٢) رواه أبو داود (٣٩٥٣)، وأحمد (٢٧٦٧١)، والبيهقي في سننه الكبير (١٠/٣٤٥).

بعد العلوق ، وكذلك النسب بلا بعضية كابن العم.

إلا أنا نحتج بحديث سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ أمر بعتق أمهات الأولاد من الثلث ، وقال: «لا يُبعن في دين»(١) ، فثبت أن عتقهن واجب مستحق.

وعن النبي ﷺ أنه قال لما ولدت مارية إبراهيم من رسول الله ﷺ: «أعتقها ولدُها»(١) ، ولا عتق للحال ، فثبت أن تأويله: صيّرها[٢] للعتق.

وعن النبي ﷺ: أنه قال: «من وطئ جارية ، فولدت منه ، فهي معتقة عن دبر»(٣) ، وعن عمر رضي الله عنه أنه خطب فقال: «ألا إن بيع أمهات الأولاد حرام»(٤) ، وفي رواية: «لا رقَّ عليهن بعد موت سيدهن»(٤) ، وفي رواية: «قضى رسول الله»(٤).

وروي أن عمر رضي الله عنه استشار عليا رضي الله عنه في عتق أُمَّهات الأولاد ، فأجمعا على عتقهن ، فقال علي رضي الله عنه: «ثم رأيت بعد ذلك أن أُرِقَّهُنَّ»(٥). والاتفاق حجة ، ورجوع علي رضي الله عنه لا يكون دليلا[٦] علينا ؛ لأنه يجوز أن يكونا اتفقا على العتق قبل الموت ، لقول[٧] النبي ﷺ لمارية حين ولدت: «أعتقها ولدها»(٨) ، ثم رأى

(١) سبق تخريجه.

[٢] «ن» (عيّنها).

(٣) رواه ابن ماجه (٢٥١٥) ، وأحمد (٢٨٠٣) ، والبيهقي (٣٤٦/١٠) ، وضعفه ابن عبد البر كما في الاستذكار (١٥١/٢٣).

(٤) سبق تخريجه.

(٥) رواه عبد الرزاق في مصنفه (٢٩١/٧) ، وسعيد بن منصور في سننه (٨٧/٢) ، وابن أبي شيبة في مصنفه (٤٠٩/٤) ، والبيهقي في سننه الكبير (٥٧٥/١٠).

[٦] «س» (دليله) والمثبت من «أ» ، «ن».

[٧] «ن» (بقول).

(٨) سبق تخريجه.

علي ﷺ الإرقاق للحال إلىٰ أن تموت، فكان[١] عمر يحاجُّ بما مرَّ ويقول: «أبعد ما اختلطت لحومكم بلحومهن، ودماؤكم بدمائهن»(٢)، يعني: بالولد فإنه خُلق من الماءين جميعا، أي: هذا المعنىٰ يوجب عتقا كما في الأخ، فإن ضعف يمنع البيع كما في المدبر[٣]. ولأن قيمتها ساقطة عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَىٰ، علىٰ ما نذكر، وبيع ما لا قيمة له لا يجوز، والله أعلم.

[٨١٦] **مسألةٌ**: ولد أم الولد يحدث ثابت النسب، وينتفي بمجرد النفي عندنا[٤].

وقال الشافعي(٥) ﷺ: إذا استبرأها بحيضة، ثم ولدت لم[٦] يثبت النسب، وإنما يثبت[٧] بالوطء، كالأمة القِنَّة[٨]، وبالولد عنده لا يتغير حكم فراشها، وعندنا لا فراش للأمة، وإنما يثبت إذا صارت أم ولد.

أمّا الشافعي ﷺ فإنه يقول: بأن فراشها ثابت بسبب الوطء[٩] نفسه؛ لأن ملك اليمين لا يوجب فراشا بنفسه، وإنما يثبت بالوطء؛ لتوهّم العلوق منه به، وهذا التوهم[١٠] يرتفع بالاستبراء بحيضة، كما في استبراء المماليك، ولما ارتفع

---

[١] «ن» (وكان).
(٢) سبق تخريجه.
[٣] «ن» (المدبرة).
[٤] «ص» (عند علمائنا).
(٥) انظر: «الحاوي الكبير» (١١/٢٩٨).
[٦] «ص» (لا).
[٧] «ص» زيادة (النسب).
[٨] «ص» (القن).
[٩] «ص»، «أ» (الولد)، وفي حاشية «أ» (الوطء).
[١٠] «ن» (الوهم).

عاد إلىٰ ما قبل الوطء، بخلاف النكاح فإنه فراش بلا وطء قبله بالإجماع، ولا[١] ينقطع بالاستبراء.

إلا أنا نقول: إن الأمة لا تصير عندنا فراشا بالوطء علىٰ ما عُرف في الدعوىٰ[٢]، حتىٰ تلد ويدَّعيه المولىٰ، وتصير أم ولد له، فالفراش يثبت[٣] عندنا بالولاد منه لا بالوطء، وهذا لأن ملك النكاح كان موجبا[٤] للفراش بنفسه؛ لأنه[٥] ملك إيلاد لا[٦] غير؛ ولمكان النسل شرع النكاح علىٰ ما عُرف، وملك اليمين قد يكون للولاد، وقد لا يكون؛ بل لمنافع أخر، فلما استولدها تعين له، والتحق بملك النكاح، فصارت فراشا بالملك المتعين للولاد، كملك النكاح، فلا ينقطع بالاستبراء؛ لأن السبب وهو الملك المتعين قائم فيه، وبه ثبت[٧] الحكم، لا بالوطء الذي يتوهّم منه الولد، كما في ملك النكاح؛ لما ذكرنا أن الأسباب[٨] مبنية علىٰ الثبوت، إلا أن هذا السبب ينتفي بمجرد النفي، خلافا للشافعي(٩) ﵁، فإنه يقول: لا ينتفي إذا ثبت ولم يدع استبراء؛ لأن سبب هذا النسب فراش بملك المولىٰ، قطعه قصدا إليه، من غير قطع الملك الموجب للفراش، فإنه تزوجها[١٠] من ساعته، فتنقطع عنه إلىٰ غيره، وهو أن يزوجها

[١] «ص»، «أ» (فلا).

[٢] «ص» (كتاب الدعوىٰ).

[٣] «ن» (ثبت).

[٤] «ن» (لا يوجب).

[٥] «ن» (وإنما يوجب لأنه).

[٦] «ن» (أثلاثا).

[٧] «ن» (يثبت).

[٨] «ن» (الأنساب).

(٩) انظر: «الأم للشافعي» (٧/٢٤٢).

[١٠] في «أ» (يزوجها).

غيره، ولما[١] ملك قطعه قصدا، ثبت النسب على هذا الطريق، بخلاف فراش النكاح فإنه لا يملك قطعه من غير سببه بحالٍ، وإنما يملك القطع بالطلاق حكما؛ لرفع الملك الثابت بالعقد، لا قصدا إلى الفراش نفسه بلا ملك، فلما[٢] صار الفراش لازما، لا يحتمل القطع قصدا[٣]، بل بقطع سببه، وهو ملك النكاح ثبت النسب كذلك لا يحتمل القطع قصدا إليه، بل يقطع سببه، وهو اللعان المبيِّن أن الولد لم يعلق من مائه.

ودليل أن فراشه ليس بأثر وطء: ما ذكرناه[٤] في مسألة عدة أم الولد، في أنها لا تجب على المرأة عند زوال السبب بالعتاق، وما يجب لأثر[٥] الوطء يجب بعد استحداث الملك على المالك، على ما استقصينا في تلك المسألة، والله أعلم.

|٨١٧| **مسألةٌ**: أم ولد بين شريكين[٦] أعتقها أحدهما، لم يضمن[٧] لشريكه شيئا، وعتقت كلها بلا سعاية، وقال صاحباه[٨]: يضمن إن[٩] كان موسرا[١٠]،

---

[١] «ص» (فلما).

[٢] «ص» (ولما).

[٣] زاد في «أ» (إليه).

[٤] «ن» (ذكرنا).

[٥] «ن» (أثر).

[٦] «ن» (اثنين).

[٧] «ص» زيادة: (عند أبي حنيفة).

[٨] «ص» (وعندهما).

[٩] «ن» (إذا).

[١٠] «ص» (إن كان موسرا يضمن).

وكذلك لو غصب رجل أم ولد فماتت[١] عنده لم يضمن عنده[٢]، وعندهما: يضمن؛ لما ذكرنا أن أم الولد في حق العتق بمنزلة المدبرة من كل وجهٍ، إلا أن سبب هذا التعليق[٣] من حوائج الميت فاعتبر من جميع المال، والتدبير من فضول حوائجه فاعتبر من الثلث.

ألا ترىٰ أن المرأة إذا خالعت في مرضها اعتبر البدل من الثلث؛ لأن الخلع من فضول الحاجات، والرجل لو تزوج[٤] امرأة كان المهر من جميع المال، وفي الحالين البدل قابل ملك المتعة ثبوتا وسقوطا وما ذاك بمال، وكان الإبطال لحق الورثة في صرف المال إلىٰ ما ليس بمال[٥]، ولم يعتبر من الثلث إذا كان نكاحا؛ لأنه من حوائج الميت.

وكذلك إذا صالح المريض عن القصاص علىٰ عشرة آلاف، لم يعتبر من الثلث وإن كان جميع ماله؛ لأنه من فروض حوائجه؛ لأنه يحيي نفسه، وكذلك أمة رجل لو ولدت فشهد شاهدان أن المولىٰ ادعىٰ ولدها، وقضىٰ القاضي ثم رجعا، ضمنا قيمة الولد للحال، ونقصان الأم بين قيمتها أم ولد وبين كونها أمة قنّة، كما لو شهدا بأنه دبرها ثم رجعا بعد القضاء، ولو كان الاستيلاد يُبطل تقوّمها بنفسها، أو يُخرج القيمة من أن يكون حقا للمولىٰ، وتصير لها لضمن[٦] كل القيمة، كما لو شهدا أنه كاتب عبده، وقضىٰ القاضي ثم رجعا ضمنا للمولىٰ قيمة المكاتب،

[١] «ص» (لو غصبها رجل فماتت).

[٢] «ص» (عند أبي حنيفة).

[٣] «ن» (العتق).

[٤] «ص» (وإذا تزوج الرجل في مرضه).

[٥] «ص» (له ذلك).

[٦] «ن» (لضمنا).

وكذلك أم ولد النصراني إذا أسلمت خرجَتْ إلىٰ العتق بالسعاية، ولو لم تكن متقومة للمولىٰ، لما ضمنت قيمة نفسها بالسّعاية للمولىٰ. ألا ترىٰ أن المولىٰ يطؤها ويستخدمها، وينتفع جميع ما ينتفع بالمدبرة، وإنما يحرم إزالة الملك كما في المدبرة، فوجه كلامهما[١] ظاهر بيِّن، مستقيم علىٰ الأصل الذي مهَّدْناه.

ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله[٢]: أن ماليّة أم الولد لم تبق مُتَقَوِّمَة، وإن بقيت اليد والعين مملوكة، وهذا كماليّة الجنين غير متقوِّمة، وإنّ العين[٣] مملوكة لصاحبه، حتىٰ لا يُضمن لها الولد بالغصب مع الأم حاملا كذلك، حتىٰ إذا ولدت كان الولد أمانة، والخمر مال مملوك إذا اشترىٰ بها وقبض وقع الملك علىٰ ما بينا في موضعه، ولا قيمة للخمر في حقّ المسلمين فمثل هذا يجوز، وإنما نحتاج إلىٰ إقامة الدلالة[٤] عليها.

والدليل عليه: ما ذكرنا أن حقها يثبت[٥] باختلاط اللحوم باللحوم، والدماء بالدماء، بالولد علىٰ ما قاله عمر رضي الله عنه(٦)، وبيناه في أم الولد[٧] لا تباع، فكان[٨] هذا المعنىٰ يوجب لها عتقا[٩] منجّزا كما يوجب للولد[١٠]، وكما يجب للأخ،

---

[١] «ص» (وفقه كلامنا).

[٢] «ص» (ولأبي حنيفة).

[٣] «ن»، «ص» (والعين).

[٤] «ص» (الدليل).

[٥] «ص» (إنما يثبت).

(٦) سبق تخريجه.

[٧] «ص» (ونثبت أن أم الولد).

[٨] «ن» (وكان).

[٩] «ص» (حقا).

[١٠] «ص» (للمرأة).

ولكن لمكان التباين من وجه على ما مر في سبب ثبوت الاستيلاد، لم يعتق للحال وثبت معلقا بالموت، إبقاءً[١] لحق المولى بالتباين، وإبقاءً لحقها الثابت بالاختلاط بسبب الولد، فأبطل معنى التقوم للمولى؛ لأن ما يبقى من الحقوق للمولى متعلقة[٢] بملك العين[٣] لا يفتقر إلى القيمة، وإنما يفتقر إليها البيع والتجارة، وقد امتنعت التجارة، ولا[٤] يضمن بالغصب إلا مالية متقومة، وكذلك بالعتق تفسد ماليته في نفسه[٥]، بخلاف المدبر فإن العتاق له بالتعليق[٦] وبالإيصاء، لا بالاختلاط بالمولى والتحاقه بنفسه، فلم يثبت ما يوجب العتق حالا، فلم يتضمن بطلان قيمة المالية.

ولا يلزم أم ولد النصراني إذا أسلمت؛ لأنا نجعلها مكاتبة، والكتابة تجب على المكاتب بدلا عما ليس بمالٍ على ما مر.

ألا ترى أن الحيوان يجب[٧] دينا بدلا عنها[٨]، ولا يجب بدلا عما هو مالٌ، وإنما يجب بدلا عن فكاك الحجر في حق اليد واليد باقية، غير أنه لما وجب حكما ولا قيمة للفكاك، اعتبرنا[٩] بالرقبة التي وقع الفكاك عنه لو كانت متقومة؛ ليكون إيجاب تقدير البدل بقدر الإمكان على ما مر في باب النكاح.

---

[١] «ص» (أيضا).
[٢] «ص» (معلقة).
[٣] «ص» (العتق).
[٤] «أ» (فلا).
[٥] «ن»، «ص» (نصيبه).
[٦] «س» (بالتدبير)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».
[٧] «ص» (يثبت).
[٨] «أ» (عنها)، «ن» (فيها)، «ص» (في الكتابة).
[٩] في «أ» (اعتبر).

ولهذا يصح كتابة أم الولد، فإن اليد ثابتة عليها كما كانت، وكذلك الملك والكتابة تصح عن فكاك الحَجْر في حق اليد المملوكة، وكذلك يطؤها؛ لأن حِل الوطء يُبتنىٰ علىٰ ملك المتعة، وسببها[١] فيها ملك الرقبة وأنه قائم، لا ملك مالية[٢] قائمة متقومة، فأما إذا أعتق نصيب الشريك عتقت بلا سعاية عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن اليد تزول بعتاق البعض، والسعاية إنما تجب علىٰ العبد؛ لاحتباس مالية المولىٰ عنده، فلما لم تكن متقومة لم تجب.

❁ **فإن قيل**: هذا يبطل بأمةٍ بين رجلين، ولدت ولدين في بطنين، وادعىٰ[٣] أحدهما الأكبر، والآخر الأصغر، صارت الأم أم ولد الأكبر، وثبت[٤] نسب الأصغر من صاحب الأصغر، وضمن قيمته للأكبر، وهو بالدعوة أتلف ولد أم الولد علىٰ مدَّعي الأكبر، فإنها لما صارت أم ولد لمدعي الأكبر[٥] بالأكبر، وكان ينبغي أن يكون الأصغر ملكا له علىٰ حسب ملك أم الولد، كما لو لم يدَّع الأصغر، والمسألة بحالها فإن نسب الأصغر يثبت[٦]، وتبقىٰ في حكم أم الولد، لا تباع بمنزلة الأم، ومدعي[٧] الأصغر أتلفه بالدعوة وضمن.

❁ قلنا: إنما كان كذلك؛ لأن مدعي الأصغر ادّعىٰ والأم أمة حالة الدعوة، وله ولاية الاستيلاد ببعض الأم، كما تكون له بالكل، فصح الاستيلاد والدعوة،

---

[١] «أ» (وسببه).

[٢] «س» (مال) والمثبت من «أ».

[٣] «ص» (فادعىٰ).

[٤] «أ»، «ن» (ويثبت)، «أ» (وثبت).

[٥] «س» (للأكبر) والمثبت من «أ»، «ن».

[٦] «ن» (لا يثبت).

[٧] «أ»، «ن» (فمدعي).

إلا أن الأم استَحقَّت بدعوة الأكبر، فأشبه من اشترىٰ بعض أمة فاستولدها، ثم استُحقت، فإن الولد يكون حرا بالقيمة بحكم الغرور فكذا[١] هذا، ولا يصير الولد الأصغر بمنزلة الأم[٢]؛ لأنه يصير[٣] بحكم السراية من الأم إليه، وقد عتق الأصغر قبل أن تصير الأم أمّ ولد أو معها؛ لأن الدعوتين كانتا معا.

ولا يلزم أم ولد بين مكاتبَين، مات أحدهما عن وفاء فأُديت كتابته فعتق وعتقت أم الولد سعت للآخر.

وقال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللهُ تَعَالىٰ فيما نحن فيه: لا تسعىٰ؛ لأن نصيب المكاتب لا يصير أم ولد ما لم يعتق. ألا ترىٰ أن المكاتب إذا عجز بيع[٤] أم ولده، وحق الاستيلاد لا يحتمل النقض[٥] بعد ثبوته، فصار علىٰ أصل أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ تَعَالىٰ لها زيادة حرمة ليست للمدبرة، وعندهما هي والمدبرة سواء، والله أعلم.

[٨١٨] **مسألةٌ**: أمة بين اثنين[٦] قال أحدهما لصاحبه: استولدتها، وكذبه صاحبه[٧]، كانت موقوفة يوما، ويوما تخدم للذي أنكر، عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ تَعَالىٰ.

وقالا[٨]: إن شاء الذي أنكر استسعاها في نصف القيمة ثم لا سبيل

[١] «ص» (وكذلك).
[٢] «ن» (الأخ)، «ص» (بمنزلته).
[٣] «أ» (يضمن).
[٤] «ص» (بيعت).
[٥] «ص» (البعض).
[٦] «ص» (رجلين).
[٧] «ص» (وأنكر الآخر).
[٨] «ص» (وعندهما).

عليها[١]؛ لأن فساد نصيبه كان من قبل ثبوت حق العتق لها بسبب الاستيلاد، ولو بطل نصيبه بالعتق بحق الاستيلاد، كأم ولدٍ بينهما مات أحدهما، لم يلزمها السعاية للآخر عند أبي حنيفة، وعندهما يجب، فكذلك الحق، والله أعلم.

|٨١٩| **مسألةٌ**: أم ولد النصراني إذا أسلمت خرجت إلى العتق بالسعاية[٢] عندنا. وعند[٣] زُفر[٤]: تعتق للحال بسعاية بعد العتاق[٥].

وقال الشافعي(٦) ﷺ: يُحال بينها وبين المولى وتُنفق من كسبها؛ لأن الإسلام يوجب قطع يد المولى الكافر عنها بلا خلاف، ولا يمكن إزالة الملك بلا بدل؛ لأن ملك الذمي محترم، ولا يمكن إيجاب البدل عليها؛ لأنها لم تجن جناية ولم تلتزم مختارة، فلم تبق إلا الحيلولة.

وزفر ﷺ يقول: الاستذلال[٧] كان بالملك، وبالإسلام استحقت إزالة الاستذلال[٨] وذلك بقطع الملك، ولا يمكن إلا بالعتاق[٩] فعتقت، ولكن كان لمالية المولى[١٠] حرمة فضمنت السعاية[١١] جبرا، ويجوز أن تضمن بلا خيار؛

[١] «ن» زيادة: (رجع أبو يوسف إلى قول أبي حنيفة).
[٢] «ن» (بسعاية).
[٣] «ن» (وقال)، وفي «ص» (عند أصحابنا الثلاثة).
[٤] «ن» (وقال).
[٥] «أ» (الإعتاق).
(٦) «الأم للشافعي» (٤/٢٩٤).
[٧] «ص» (الاستيلاد).
[٨] «ص» (الاستيلاد).
[٩] «ص» (بالعتق).
[١٠] «ص» (الذمي).
[١١] «ص» (بالسعاية).

لأنه ضمان احتباس ملك الغير عندها، على ما ذكرنا في ثوب يتصبَّغ بصبغ غيره، يضمن قيمة ما زاد الصبغ فيه بلا جناية ولا اختيار.

إلا أنا نقول: إن الاستدلال باليد لا بالملك، على ما بيَّنَّا في كتاب البيوع في الكافر إذا اشترى عبدا مسلما، ألا ترى أنه لو كاتبها وكانت[١] أمة لم تجبر على أكثر من ذلك؛ لأن اليد تزول بالكتابة، وإذا كان حقها يتوفر بإزالة اليد لم يضطر إلى إزالة الملك، فلا تزيل كرها كما قبل الإسلام، وتضرب السعاية، وجعلها مكاتبة تزول اليد.

ولا وجه لما قاله الشافعي ﷺ؛ لأن فيه إبطال يده عنها بلا عوض، وكما أن أصل الملك محترم لا يزال إلا بعوض، فكذلك اليد. ألا ترى أن الغاصب يضمن بإزالة اليد كالمُتلِف؛ لأن فوائد الملك باليد تحصُل، والكتابة معاوضة مال بيدٍ على ما مرَّ، والله أعلم[٢].

❊ ❊ ❊

[١] «ص» (وكاتب).

[٢] «ن» (تم بحمد الله وحسن توفيقه)، «ص» (تم كتاب العتاق). وبعده في خاتمة «س» (قد تم الدفتر الثاني من الأسرار من إملاء الشيخ الإمام الأصل أستاذ علماء العالم المعروف حافظ الملة والدين سلمه الله وأبقاه، في مسجد مولانا إمام حسام الدين الأخسيكثي ﷺ يوم الأربعاء في أواخر جمادى الأولى سنة اثنان وستون وستمائة بيد العبد الضعيف النحيف الراجي رحمة ربه اللطيف محمد بن دهقان بن مسعود التارختلعي غفر الله له ولوالديه ولجميع المؤمنين والمؤمنات آمين رب العالمين).

كتابُ الأيمان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

أقسام ما يحتاج إلىٰ معرفته في باب اليمِين بالله تعالىٰ:

* اللّفظ الّذي به يوجد اليمِين، وهو الرّكن.

* والمحلّ الذي ينعقِد عليه اليمِين، وهو الشرط.

* والحكم الذي يجب بها قبل الحِنث وبعده.

* ومعرفة الحِنث.

فنبدأ بالرّكن:

|٨٢٠| مسألةٌ: قال علماؤنا الثلاثة رحمهم الله: أشهد أو أشهد بالله يكون يمينا.

وقال زفر رحمه الله: لا يكون يمِينًا إلّا بنية، لأن الشهادة في الأصل حجّة المدّعي واليمِين حجّة المدعىٰ عليه فكانا غيرين إلّا أن ينوِي بِها اليمِين فيصِير مجازًا عنها.

ولنا: أن[١] مطلق كلمة الشهادة يمِين لغةً وشرعًا[٢]، قال الله تعالىٰ: ﴿إِذَا جَآءَكَ ٱلْمُنَٰفِقُونَ قَالُواْ نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ ٱللَّهِ﴾ [المنافقون: ١]، ثم قال[٣]: ﴿ٱتَّخَذُوٓاْ أَيْمَٰنَهُمْ جُنَّةً﴾ [المنافقون: ٢]، والمنافقون كانوا لا يذرون إلّا اللّغة، وكانوا يريدون التّزويج لا اليمِين حقِيقة؛ وسمّاه الله تعالىٰ يمِينًا، وشرع كلمات اللعان بلفظ الشهادة وهي أيمان محضة عند الشافعي وفيها معنىٰ اليمين عندنا. والعرب تقول عِند المنازعة: خذ شهادته[٤]، أي يمِينه[٥]، فصارت متعينة لعرف الاستعمال لليمين في الحال الدالة علىٰ اليمين فاستغنىٰ عن النية.

ويدل عليه: أن اليمين شرعت لبيان غاية إيجاب الصدق من الحر والشهادة وضعت لأقصىٰ غايات الإيجاب، حتىٰ لم يقم لفظ آخر مقامه في شهادة المدعي، فبقيت اليمين في غير حال الشهادة كما تعيّن له مطلق النذر لأنّه لغاية الإيجاب في الذمة.

---

[١] «ص»، «أ» (إلا أنّا نقول).

[٢] «ص» (وشريعة).

[٣] «ن» (إلىٰ أن قال)، «ص» (إلىٰ قوله).

[٤] «ص» (شهاداته).

[٥] «ص» (أيمانه).

ولأنّ قول القائِل: بالله، يمين، فلا يتبدل بقِران[١] «أشهد» به، و«أشهد» تأكيدا[٢] لما طلب منه وكذلِك وإن[٣] لم يذكر «بالله»، فهو مذكور عرفًا، لأنّ الله تعالىٰ هو[٤] الشّاهد عند عدم شهادة الناس، لا غير[٥]، والله أعلم.

[٨٢١] **مسألةٌ**: وكذلك «أعزِم أو أعزِم بالله»، يمِين عندنا.

خِلافًا للشّافعي⁽٦⁾ ﷺ، لأنّ العزم لغةً: أقصىٰ ما يراد من الإيجاب والتّأكيد كالنّذر لغاية الإيجاب في الذمة والشهادة لغاية الإيجاب نطقا حتىٰ استعيرت للإيجاب نطقا، قال الله تعالىٰ: ﴿وَإِنۡ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ﴾ [البقرة: ٢٢٧] أي أوجبوه، ﴿فَإِذَا عَزَمَ ٱلۡأَمۡرُ﴾ [محمد: ٢١]، أي: اشتدّ، وقد جاء الحديثِ أنّ النبي ﷺ قال: «إن النذر يمِين»⁽٧⁾. وعن أبي بكرٍ الصديق ﷺ أنه قال لامرأتِه أسماء بنت عميس: «عزمت عليك أن لا تصومِي اليوم الّذي متّ فيه، فأفطرت وقالت: ما كنت لأتبعه حنثًا»⁽٨⁾، فعرفتِ العزم يمِين، فإن عرفته لغةً فقولها حجّة، وإن عرفته شرعًا فكذلِك.

---

[١] «ن»، «ص» (بعد أن)، تحريف.

[٢] «ن»، «ص» (تأكيد).

[٣] «ن» (إن).

[٤] «أ» (عد) والمثبت من «ن»، «ص».

[٥] «ن» (لا غيره).

(٦) انظر: «الأمّ» للشافعي (٦٥/٧)، «مختصر المزني» (٣٩٨/٨)، «الحاوي الكبير» (٢٧٨/١٥).

(٧) رواه أحمد (١٧٣٤٠)، وأبو يعلىٰ (٢٨٣/٣)، والطبراني في المعجم الكبير (٣١٣/١٧ برقم ٨٦٦) عن عقبة بن عامر ﷺ، بلفظ: «إنما النذر يمين، كفارتها كفارة اليمين» وأصله في صحيح مسلم دون قوله: «النذر يمين».

(٨) رواه ابن سعد في الطبقات (٢٨٤/٨)، ابن أبي شيبة في مصنفه (٤٥٥/٢ برقم ١٠٩٧).

[٨٢٢] مسألةٌ: تحرِيم الحلال يمِين عِندنا.

وقال الشافعي(١) رحمه الله: ليس بيمِين - إلّا في النِّساء في قول بعضهم -، لأنّ الشّرع لم يجعل إلينا تحرِيم الحلال إلّا في النِّساء فإنّهن حلال وإلينا التحريم بالطلاق والظهار، فلغى التحرِيم في غير محِلّه، ولئن اعتبر تحريم النساء يمينا إذا أراد به اليمين لشرع ورد لم يدل على اعتياده في غيرهن ممّا لم يجعل إلينا تحريمه. ولأنّ تحرِيم الحلال قلب[٢] الشّرع فيلغو كتحلِيل الحرامِ؛ ولأنّ الكفّارة علقت باليمِين بالله وتحرِيم الحلال ليس بيمِينٍ بالله صورةً ولا معنى.

ولنا: أن نثبت أولى أنّ تحرِيم النِّساء يمِين، فنقول الله تعالى[٣] قال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ [التحريم: ١]، إلى أن قال[٤]: ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ [التحريم: ٢] فالله تعالى سمّى تحريم رسول الله ما أحل الله له يمينا، وهذه الحادثة كانت في النساء، فصارت خاصة فيهن، وبيمين عامة، لأنّ السبب وإن جاء خاصا في النساء فالنص عام لأنّه تعالى قال: ﴿لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ ولم يقل من النساء ولأنّ ما كلمة عامة فيما لا يعقل وإنما تنصرف إلى كل موجود.

ولأنّ النبي ﷺ كان حرم الأمة، وهي لا تحرم بالتحرِيم كما لا يحرم الماء وسائر المباحات سوى النِّساء. وعن عمر وابن مسعود وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم: «الحرام في النِّساء يمِين»(٥). وروى محمد بن الحسن في كتاب الطلاق عن

(١) انظر: «مختصر المزني» (٣٩٨/٨)، «الحاوي الكبير» (٢٧٨/١٥).

[٢] «ن»، «ص» (قبل)!.

[٣] «ن»، «ص» (بدلالة قوله تعالى).

[٤] «ن»، «ص» (ثم قال).

(٥) في صحيح مسلم (١٤٧٣) عن سعيد بن جبير، عن ابن عباس، أنه كان يقول في الحرام: «يمين=

ابن مسعودٍ ﷺ فيمن قال لامرأته: أنت عليّ حرام، ونوى يمِينًا أنه يمِين.

وإذا ثبت هذا في النِّساء ثبت[1] في غيرِهنّ، استدلالا بهن لأن هذا الحل لم يفارق غيره، فإنّه لا يحرم هذا الحل أصلا إلا بقطع سبب الحل وهو الملك وإنه قادر عليه في غيرهن بمثله، على أنّه إذا نوى اليمين لم تثبت الحرمة وأمر الزوج بالفيء والتحنيث بل صار يمينا كقوله: والله لا أقربك فثبت أنّه يصير يمينا في النساء لا من حيث أنّ ذلك الحل جعل إلينا تحريمه، ولكن من حيث أنّه جعل عبارة عن حكم اليمين بالله فصار كأنّه قال: والله لا أقربك ومن هذا الطريق سائر أنواع الحل بمنزله فيصير يمينا كأنّه يقول والله لا آكل ولا أشرب ونحوهما، وهذا المعنى فقهي في المسألة: وهو أنّ اليمين بالله تعالى مقصودة لتحريم ما فيه الحنث، لأنّ البر عنه ليس بعبادة ليجب باليمين بالله حقا لله، بل يجب البر فرارا عن الحنث الذي فيه هتك حرمة الاستشهاد، والاستشهاد بالله أمر عظيم لا يحل كاذبا حقا لله تعالى، فإذا قال: والله لا أدخل الدار صار كأنّه قال: دخول الدار علي حرام، وإذا قال: لأدخلن الدار، كأنه قال: ترك دخول الدار عليَّ حرام، فهذا موجب اليمين بالله.

وألا ترى أن الكفارة لا تجب قط إلا بهتك محظور، ولا حظر فيما حنث إلا بيمينه فإنّه مباح من كل وجه قبل اليمين فإذا قال: حرمت ولم يجعل إليه التحريم إلا باليمين انصرف إليه وثبت قدر ما ثبت بيمينه من الحظر، وبعبارة أخرى، وضرب من الفقه يدلّ عليه، وهو أن اليمِين بالله تعالى يعقد لتحرِيم ما فيه من الحِنث؛ لأنّ حرمة الشهادة بالله واجِبة لا يجوز هتكها، وتأدي حرمة تلك

= يكفرها»، وفي مصنف ابن أبي شيبة (٤/٩٦) عن عكرمة، عن عمر قال: «الحرام يمين».

[١] «ن»، «ص» (وكذلك).

الشهادة بالبرّ والهتك بالحِنث.

ولهذا لا يحل[١] الحِنث إلّا إذا رأىٰ غيرها خيرًا منها شرعًا، فسقط[٢] اعتبارها بالمعارضة، فأما[٣] عين ما حلف عليه من الفِعل فلا يتغيّر وصفه حِلًّا وحرمة بيمينه بل يحرم الحِنث مقصودًا باليمِين، والبرّ يجِب فرارًا عن الحِنث لا مقصودًا بنفسِه فإنّه في نفسه ليس بعبادةٍ ليجِب لله تعالىٰ مقصودًا والحِنث في اليمِين معصِية بنفسِها من حيث اسم الحِنث؛ فوجب البرّ فرارًا عن المعصِية؛ لأنّ الفِرار عن المعاصي كلّها حقّ لله مقصود كالطاعات.

ألا ترىٰ[٤] إذا حلف لا يدخل الدّار فالدّخول من حيث إنه حِنث حرم باليمِين مقصودًا ومن حيث إنه دخول بقِي مباحًا علىٰ ما كان، وكذلِك إذا قال: والله لأدخلنّ هذه الدّار صار تركه حنثا[٥] وحرم التّرك من حيث إنه حِنث فصار الحِنث حرامًا باليمِين في حالي النّفي والإثبات، وإن كان ما يقع به الحِنث في نفسِه مباحًا وإذا كان كذلِك صارتِ اليمِين بالله تعالىٰ موجِبةً[٦] حرمة المباحِ من حيث إنّه يصِير حنثا في يمينه[٧] علىٰ ما قررنا. فإذا قال: حلال الله علي حرام صار كِناية عن قدر ما جعل إليه من التحرِيم[٨] باليمِين كيلا[٩] يلغو فلزِمه بقدر

[١] «ن»، «ص» (لا يجوز).

[٢] «ن»، «ص» (فيسقط).

[٣] «ن» (وأمّا).

[٤] «ن»، «ص» (إلّا أنه).

[٥] «ن» (في الترك يصير جانبا)، «ص» (في الترك حنث).

[٦] «ص» (موجبها).

[٧] «ن» (آلة للحنث).

[٨] «ص» (ما جعل الله بالتحريم).

[٩] «ص» (لئلا).

ما جعل إليه تحريمه باليمين من حيث يصير فعله حنثًا في يمينٍ بالله تعالى، وتلزمه الكفّارة إذا فعل.

❁ فإن قِيل: إن اليمين قد تعقد لتحريم الحرام كقوله: والله لا أزني ثمّ لو قال: حرام الله علي حرام، لم يكن يمينًا.

❁ قلنا: لأنّ قوله: حرام الله علي حرام أمكننا تصحيحه على ما أخبر حقيقةً؛ فلا نجعله كِناية عن تحريم ثبت باليمين. وإذا قال: حلال الله علي حرام لم يكن إثباته على حقيقته؛ لأنّه ليس إليه تحريمه بعينه فصار كِنايةً عمّا جعل إليه من حيث يجعله آلةً للحنث في يمينه فيحرم بكونه حنثًا كما يجعله كذلك يمينه كما فعل[١] كذلك في تحريم النّساء، والله أعلم.

|٨٢٣| **مسألةٌ**: وإذا قال: إن فعلت كذا فهو كافر كان يمينًا عندنا.

وقال الشافعي(٢) ﷺ: لا يكون يمينًا، لقول النبي ﷺ: «لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت فمن كان حالفًا فليحلف بالله أو ليذر»(٣).

وقال ﷺ: «من حلف بملةٍ غير ملّة الإسلام، فكفارته أن يقول لا إله إلّا الله»(٤)، ولأنّه علّق بالشّرط ما هو معصية؛ فلا يكون يمينًا كما لو[٥] قال: إن فعل

---

[١] «ن» (جعل).

(٢) انظر: «الحاوي الكبير» (١٥/٢٦٣).

(٣) رواه أحمد في المسند (٣٤/٢٢١)، والنسائي (٣٧٧٤) وأصله في الصحيحين.

(٤) رواه البخاري (٤٨٦٠)، ومسلم (١٦٤٧) بلفظ قريب، من حديث أبي هريرة ﷺ، قال: قال رسول الله ﷺ: «من حلف فقال في حلفه: واللات والعزى، فليقل: لا إله إلّا الله».

[٥] «ن»، «ص» (لو).

كذا فهو فاسق، ولأنّه علّق بالشّرط ما لا يلزمه عِند وجود الشّرط فلا[١] يكون يمِينًا كما إذا علّق به طلاق أجنبية.

ولنا: ما روي عن ابن عباس وابن عمر[٢] رضي الله عنهم هذه المسألة نصّا: إنها[٣] يمِين، تكفّر اللفظ كما هو.

ولأنّ هذا الكلام بمعنى قولِه: دخول الدّار عليّ حرام، والمعنى[٤] قوله: والله لا أدخلها؛ لما ذكرنا أنّ في اليمِين تحرِيمًا للحلال من حيث جعله آلة للحنثِ، والحِنث حرام حقًّا خالصًا لله لا يحِلّ بحالٍ من حيث كان حنثًا، وأما الشبه[٥] بتحرِيم[٦] الحلال؛ فإنّه[٧] لما علّق الكفر بالدّخول فقد حرّم الدّخول من حيث جعله علمًا على الكفر؛ فإن اللّغوي لا يفرّق[٨] بين ما يلزمه شرعًا وبين ما لا يلزمه، وإنّما يعرّفه[٩] شرطًا لما علّق به، وشرط الكفر حرام حقًّا لله خالصًا لا يحِلّ بحال؛ فصار بمعنى تحرِيم اليمِين فصار كِناية عنه كتحرِيم الحلال، فكان قوله: جعلته[١٠] شرطًا للكفر، وقوله وحرمته واحِدا[١١]، ولأنّ أعلام الكفر حرام

[١] «ن»، «ص» (ولا).
[٢] «ن»، «ص» (عن ابن عمر وابن عباس).
[٣] «ص» (إنّ هذه).
[٤] «ن» (وبمعنى).
[٥] «ص» (التشبيه).
[٦] «ص» (التحريم).
[٧] «ص» (فلأنّه)، «ن» (ولأنّه).
[٨] «ص» (لا يعرف).
[٩] «أ» (يفرقه)، والمثبت من «ن»، «ص».
[١٠] «ن» (جعلت)، «ص» (جعل).
[١١] «ن»، «ص» (النسبة).

كشدّ الزّنار(١) ولبس قلنسوة[٢] المجوس، وهذا قد جعله علمًا فصار حراما[٣] وكان قصده إلىٰ جعله علمًا، وإن لم ينجعل كتحريمه[٤] بلفظه وإن كان لا يحرم، ثمّ التحريم يمين علىٰ ما مرّ، فكذلك جعله علمًا علىٰ الكفر؛ بخلاف قوله: إن فعلت كذا فهو فاسق، لأن الروّاية لا توجد هكذا، إنّما الرواية فهو بأكل الميتة ونحوها[٥] من العدات؛ لأنّ الوعد ليس بالتزام لغةً، وكان كقوله: إن دخل الدّار فهو يكفر، ولأنّ فسق التّعاطي لم يحرم خالصًا لله؛ بل لضروب مصالح تعود إلينا[٦] بدليل أنه يحلّ عند الضرورة بخلاف الكفر؛ فإنه أمر بالقلب، ولا مصلحة ولا مضرّة تتّصل بما في[٧] القلب نفسه بل لله تعالىٰ خالصًا، كحرمة الاسم، ولهذا لا يحلّ بحالٍ؛ لأنّ ما صار حقًّا لله تعالىٰ بألوهيته[٨] لا يحتمل التّبدل، ولهذا لا يحتمل النّسخ بحالٍ، فثبت أن هذه اليمين حقيقةً فاسدةً كما قال الخصم، ومن حيث كانت كناية عن التحريم الثابت باليمين صحيحةً.

والجواب عن الأوّل: أن الحلف بالطاغوت أن يقول: بالطاغوت لا أفعل كذا تعظيما للطاغوت وإنه كفر في نفسه وهذا حرم الدّخول فرارا عن الكفر، والفرار عن الكفر تعظيم لله خالصًا فصار بمعنىٰ قوله: والله لا أدخل الدّار؛ ألا ترىٰ أنه نهاهم عن متعارفهم باللّات والعزّىٰ كما تعارفوا بأبيك وأبي.

(١) الزُّنَّارُ والزُّنَّارَةُ: ما علىٰ وسط المجوسي أو النصراني. انظر: المحكم والمحيط الأعظم (٩/٢٥).

[٢] «ص» (والتقليس بقلنسوة).

[٣] «ن»، «ص» (محرما).

[٤] «ص» (لتحريمه).

[٥] «ن»، «ص» (ونحوه).

[٦] «ص» (يعود إليها).

[٧] «ن»، «ص» (بنا من).

[٨] «ن»، «ص» (بألوهيته).

وكذلِك الجواب عن الخبر الثانِي: إن الحلِف بالكفر أن يقول: بالكفر لا أفعل كذا، ولو قال ذلك كفر، وكفّارته أن يقول: لا إله إلّا الله.

وأما الشّبه بقوله: والله لا أدخل الدّار؛ فلما ذكرنا أنّ اليمِين بالله إنّما أوجبتِ[١] الكفّارة لوجوب برّه[٢] فرارًا عن هتك حرمة الاسم[٣] بالحِنث؛ لا لِحرمة الفِعل في نفسه، ونعني[٤] بالحرمة[٥] الاسم من حيث أوجبه عقده، وقد وجب البر في مسألتِنا هذِه فِرارًا عن هتك حرمة الدّين من حيث موجِبه[٦] عقده وهتك حرمة الدين مثل هتك حرمة الاسم؛ لأنّ أصل الدّين بالتّوحيد، وتعظِيم الله وحرمة الاسم من حيث وجوب تعظِيم الله أيضًا فكانتا حرمة واحِدة في المعنى بخِلاف حرمات تثبت[٧] لمحال هي غير الله فإنّها دون حرمة الاسمِ، والله أعلم.

|٨٢٤| مسألةٌ: ومن ألفاظ اليمِين: النذر المعلق بالشرط؛ فإنه متى حنث فيها إن شاء كفر، وإن شاء وفى بما قال في رواية عن أبي حنيفة ﵀ قبل موته بأيامٍ.

وعن محمدٍ ﵀: إن علّق النّذر بشرطٍ يريد كونه، وفسّر بما هو قربة لم تنفعه الكفّارة، وإن علّقه بشرطٍ لا يريد كونه فهو بالخيار؛ إن شاء كفّر، وإن شاء

[١] «ن» (أوجب).
[٢] «ص» (برها).
[٣] «ن»، «ص» (اسم الله).
[٤] «ص» (ومعنى).
[٥] «ن»، «ص» (بمعحرمة).
[٦] في «أ»: (يوجبه).
[٧] «ن»، «ص» (ثبتت).

وفّىٰ بِما قال، كقولِه: إن دخلتِ الدّار؛ فعليّ صوم، والأوّل قوله: إن شفا الله مريضِي؛ فعليّ صوم، وبه قال الشّافعي رحمه الله.

وقال علماؤنا في رواية[١] الأصل: إن الكفّارة لا تنفعه، لما روي عن النبي[٢] عليه السلام أنّه قال: «من نذر نذرا أو سمىٰ[٣] فعليه الوفاء بما سمىٰ، ومن نذر نذرًا ولم يسم فعليه كفّارة يمِين»(٤) وقال ﷺ: «من نذر أن يطيع الله فليطعه، ومن نذر أن يعصِي الله فلا يعصِه»(٥) وعن عبد الله بن عمر[٦] رضي الله عنهما أنه قال: «لا أعلم في النذر إِلّا الوفاء به»(٧). ولأنّ تعليق الجزاء بالشّرط يؤخّر حكم الجزاء إِلىٰ وجود الشّرط، ولا يغيره إذا وجد.

ألا ترىٰ أنّه لو علّق بِه طلاقًا أو عِتاقًا، أو جمِيع ما يتعلّق بالشّروط لم يعمل إِلّا من حيث تأخيره إِلىٰ حين وجود الشرط ثمّ في مسألتنا هذه كان من حكم الجزاء إذا[٨] أرسله الوفاء بما قال بلا خيار فكذلك[٩] إذا علّق بالشّرط وصحّ التّعليق به لم يثبت له الخيار إذا وجد الشّرط، ودِلالة صحّة التّعليق أنه لو وفّىٰ بِما قال خرج عن الواجِب بالإِجماعِ.

---

[١] «ن»، «ص» (روايات).

[٢] «ن» (لقوله).

[٣] في «أ»: (وسمىٰ).

(٤) رواه أبوداود (٣٣٢٢)، وابن ماجه (٢١٢٨)، وقال أبو داود: «روىٰ هذا الحديث وكيع وغيره عن عبد الله بن سعيد بن أبي الهند؛ أوقفوه علىٰ ابن عباس».

(٥) رواه البخاري (٦٦٩٦) من حديث عائشة رضي الله عنها.

[٦] «ن» (وعن ابن عمر).

(٧) رواه عبد الرزاق في مصنفه (٨/٤٣٩ برقم: ١٥٨٢٧) بلفظ: «ليس للنذر إلا الوفاء به».

[٨] «ص» (لو).

[٩] «ص» (وكذلك).

يدل عليه إذا علّقه بشرطٍ يريد كونه نحو قولِه: إن شفا الله مريضي فعليّ صوم، فإن الكفّارة لا تنفعه بالإجماع ولأنّ سبب الكفّارة لابد أن يكون محظورًا من وجهٍ. ألا ترىٰ أنّ اليمِين لا توجِب الكفّارة ما لم يحنث فيها؛ لأنّه لا حظر قبل الحِنث فيها، ولأنّها تجب ستارةً للذّنب، فلا بدّ من هتك حظر.

ولأنّ في الكفّارة معنىٰ العقوبة خاصةً عِند[١] الشّافعي رحمه الله؛ فإن جهة العقوبة عِنده أغلب، فإنّه موجبها[٢] علىٰ الكافر بالظهار والقتل واليمين والعقوبات لا تتعلّق بالمباحات، وليس في قول الرّجل: إن شفا الله مريضي؛ فعليّ صوم محظور، ولا في قوله: إن دخلتِ الدّار؛ فعليّ صوم، ولا أيضًا في الحِنث حظر؛ لأنّه ليس تحته إلّا إرسال النّذر، وما في إرسال النذر بالصوم حظر بل هو طاعة فلم يصلح النذر سببا للكفارة ولا مرسلا ولا معلقًا بالشّرط، ولأنّ اليمِين بالله تعالىٰ لا يوجِب الكفّارة ما لم تصِر بالحِنث كاذبةً فكذلِك[٣] هذا الذي نحن فيه لو انقلب موجِبًا للكفّارة لانقلب بعد[٤] الحنث وبعد الحِنث لا يبقىٰ إلّا قوله: لله عليّ صوم، ولأنّ الكفّارة تجب[٥] خلفًا[٦] عنِ البرِّ علىٰ ما نبيّن[٧] ليصِير كأنه لم يحنث وتصِير حرمة اليمِين مؤدّاة ببرّها تعظِيمًا لحرمة الاسم، ولا تعظِيم لله فيما نحن فيه بالبرّ؛ فلا تجب الكفّارة بالتّرك.

---

[١] «ص» (علىٰ مذهب).

[٢] في «أ»: (يوجبها).

[٣] «ص» (وكذلك).

[٤] «أ» (بحيث) والمثبت من «ن»، «ص».

[٥] في «أ»: (أوجبت).

[٦] «أ» (أوجبت خلفًا) والمثبت من «ن»، «ص».

[٧] «ن»، «ص» (ما نذكره).

وأمّا وجه الرّجوع لأبي حنيفة رحمه الله ، وهو قول محمدٍ والشّافعي رحمهما الله فيما إذا علّقه بشرطٍ لا يريد كونه ، فإجماع[١] الصحابة روي[٢] عن عمر وعائشة وحفصة وابن عمر رضي الله عنهم أنهم قالوا: «إنّ الكفّارة تنفعه في القدر المعلق بالشرط»(٣) ، حتّىٰ قال عمر رضي الله عنه فيمن جعل ماله في المساكين[٤] صدقة: «إنّه يمِين يكفرها»(٥) فجعل عمر المرسل يمِينًا .

وقول ابن عمر رضي الله عنهما: «لا أعلم في النذر إلّا الوفاء به»(٦) ردّ علىٰ أبيه لأنّ النذر هو المرسل فأما المعلق بالشرط ، فليس بنذر بل يمين بالنذر ، فالطلاق الملعلق بشرط لا يكون طلاقا بل يكون يمِينًا بالطلاق وكذلِك من حيث عرف اللسان يسمىٰ حالفا لا[٧] ناذرا إذا علق[٨] بشرط لا يريد كونه ، وكذلِك حديث رسول الله ﷺ: «من نذر نذرا وسمىٰ فعليه الوفاء بما سمىٰ»(٩) لا يتناول ما نحن فيه لأنّه ليس بنذر ولا معنىٰ .

والمعنىٰ فيه: أن معنىٰ اليمِين بالله موجود[١٠] في النذر المعلق بشرط لا يريد كونه ، لأنّ اليمِين بالله إنّما صلحت سببا للكفّارة[١١] إذا اتصل بِها الحِنث ،

---

[١] «ن» (إجماع).

[٢] «ص» (ما يروىٰ).

(٣) لم أقف عليه.

[٤] «ن» ، «ص» (للمساكين).

(٥) مختصر المزني (٨/٤٠٦) ، وانظر: مسند الفاروق لابن كثير (١/٥٥١).

(٦) سبق تخريجه.

[٧] «ص» (ولا يسمىٰ).

[٨] «ص» (علقه).

(٩) سبق تخريجه.

[١٠] «ص» (موجودة).

[١١] «ص» (سبب الكفارة).

لأنّها يمِين ترددت بين إباحة وحظر حقًّا لله تعالىٰ هذا أصلنا فإن الأسباب المحظورة محضا عِندنا لا تصلح سببا للكفّارة علىٰ ما تبين[١] والمباحة بالإِجماع لا تصلح سببا أيضا علىٰ ما مرّ، ولا الحظر لغير الله يكون سببًا لأن الكفّارة تجب لله تعالىٰ؛ فإذا قال: والله لا أدخل هذه الدّار؛ فهذا مباح من وجهٍ، محظور من وجه؛ لأنّ الله تعالىٰ نهىٰ[٢] عن الحلف فقال تعالىٰ: ﴿وَٱحۡفَظُوٓاْ أَيۡمَٰنَكُمۡۚ﴾ [المائدة: ٧٩] أي: لا تحلفوا علىٰ ما يأتي بيانه[٣] في الغموس حقًّا لله تعالىٰ؛ لأنّ حرمة اليمِين بالله تعالىٰ، وقد وجد هاهنا هذا المعنىٰ؛ فإن من قال: إن دخلت الدّار فعلي صوم سمي حالفًا من حيث اللّغة؛ فقد جاءت اليمِين، وقد ترددت بين إباحة وحظر حقًّا لله، أمّا الإباحة فلِما فيها من التزام طاعة[٤]، وأما الحظر فلأنّه لعلّهُ لا يفي بها؛ فيبقىٰ تحت إثمه، وهذا الوفاء واجِب حقًّا لله، خالصًا، وهذا كما عاتب[٥] الله النصارىٰ بأن ابتدعوا رهبانيةً لم تكتب عليهم، ثمّ لم يرعوها حقّ رعايتها فيصِير الالتزام[٦] محظورًا لِخوف عدم الوفاء، ولهذا نهينا عن الحلف بالله إلّا عن ضرورة؛ لأنّا ربّما لا نفي بِها فنأثم، وإذا صار النذر المعلق بالشرط لا يريد كونه يمِينًا مترددة بين إباحةٍ وحظرٍ احترامًا[٧] لله صلحت سببًا للكفّارة، كاليمِين بالله في المستقبل؛ بخِلاف المرسل، فإنه وإن تردّد بين إباحةٍ وحظرٍ من الوجه الذي ذكرنا[٨] فإنه لا يسمىٰ يمِينًا، وكذلِك إذا علّق بشرطٍ يريد

---

[١] في «أ»: (نبين).
[٢] «ص» (نهانا).
[٣] «ن»، «ص» (علىٰ ما تبيّن).
[٤] «ص» (طاعة الله).
[٥] «ص» (عاب).
[٦] «ن» (الإلزام).
[٧] «ص» (حقا).
[٨] «ص» (قال).

كونه لم يسم يمِينًا، وكفّارة اليمِين لا تجب بغير[١] اليمِين، فلابد[٢] من اعتبار اسم اليمِين لإيجابها؛ فالكفارات[٣] لا مدخل للقياس فيها، وفي بيان أسبابِها ثمّ بعد وجود الاسم لا بد من صِفة الحظر حقًّا لله تعالى ليصلح سببًا للكفّارة، وبهذا[٤] المعنى فارق قوله: إن دخلت الدّار فعبدي[٥] حر، أو امرأتي[٦] طالق؛ لأنّ هذا يمِين، ولكنها منعت الدخول فرارًا من[٧] العتق[٨] والطلاق، وذلك حقّ العبد لا حقّ الله، ويعد الدخول ما يتصل به حظر حقًّا لله، ولكن هذه اليمِين تشبه اليمِين بالطلاق من وجه، وهذا[٩] إِنّما يمنع الدخول فرارًا عما يلزمه من الصّوم؛ ليخفر[١٠] ذمته عن الواجِب وهذا حقّ العبد فيمنع[١١] من الدخول لحقه[١٢] لا لحق الله.

ولما ذكرنا أنّ في الحِنث التزام طاعةٍ، ولا حظر عنه[١٣] ظاهرًا وهو القياس الظاهر، ولكنا على الاستحسان أثبتنا الحظر مخافة أن لا يفي به.

ويدلّ[١٤] عليه، وهو: أن اليمِين بالله مانعة عن الحِنث، فرارًا عما يلزمه

---

[١] «ص» (بعد).

[٢] «ص» (ولابد).

[٣] «ص» (والكفارات).

[٤] «ن»، «ص» (وهذا).

[٥] «ن»، «ص» (فعبده).

[٦] «ص» (امرأته).

[٧] «ص» (عن).

[٨] «ص» (العتاق).

[٩] «ن»، «ص» (وهو).

[١٠] «ن»، «أ» (ليخف)، والمثبت من «ص».

[١١] «ص» (فيمتنع).

[١٢] «ن» (تحته).

[١٣] «ن» (فيه).

[١٤] «ن» (دل).

من العبادة[١]؛ فإنه إذا رأىٰ الخير في الحِنث لم يلزمه البر؛ بل يلزمه الحِنث بشرط الكفّارة، لأنّ الكفّارة عبادة، ولا يلزمه إلّا ذلك شرعًا، وإنها ممحّصة لِلإثم ستارة، وهذا المعنىٰ قائم في النذر المعلّق بالشّرط؛ إلّا أن اليمِين يحرّم الحِنث لما[٢] فيه من هتك حرمة الشهادة، وهذه لا تحرم الحِنث بظاهِره فما فيه إلّا التزام[٣] عبادةٍ؛ ففارقه، وأشبه ما إذا علّقه بشرطٍ يريد كونه، وإذا كان كذلِك خير فإن شاء أخذ بذلك الشبه، وإن شاء بهذا[٤].

ولا معنىٰ لقولكم: إن فيه تخييراً بين صوم ثلاثة أيام، وبين صوم سنة[٥]، وهذا محال، لأنّهما مختلفان حكمًا؛ فالثلاثة كفّارة، والستة[٦] نذر، وصوم الكفّارة غير صوم النّذر، فالكفّارة ستارة وجزاء، والنذر طاعة محضة ابتِداء، ويجوز التّخيير بين شيئين مختلفين، وإن كان أحدهما أقلّ من الآخر كالعبد يجني علىٰ حر فيقتله، وقيمته مائة فيخير المولىٰ بين الدفع والفداء، وكذلِك الرّجل يهب ألف درهم فيعوض درهما لا من الألف يتخيَّر بين أن يأخذ الدرهم عوضا وبين أن يرجع في الألف؛ لأنّهما غِيران.

وكذلِك العبد إذا إذن له المولىٰ بالجمعة كان مخيرًا بين ركعتي الجمعة وأربع الظهر، فكذلِك[٧] فيما نحن فيه لما اختلفا حكمًا لأنّ الأحكام الشرعية[٨]

---

[١] «ن» (العبادات).
[٢] «ص» (فيما).
[٣] «ن» (إلزام).
[٤] «ص» (إلىٰ هذا الشبه). وزاد في «أ»: (الشبه).
[٥] في «أ» (وصوم سنة).
[٦] في «أ» (والسنة).
[٧] «ن»، «ص» (وكذلك).
[٨] «ن»، «ص» (المتبوعة).

إنّما يثبت الاختلاف بين أنواعها في الحكم دون الصورة والذي يؤكد الشبه[١] باليمين بالله تعالىٰ أنه في اليمين بالله يأثم بالحِنث وكذلِك فيما نحن فيه أثم[٢] بالحِنث ؛ لأنّه يلزمه الصّوم إذا حنث ، ولا يجبر عليه ؛ فربّما لا يصوم فيبقي تحت إثمه حقًّا لله ؛ فجعل له المخلص عنه بالكفّارة.

وإن كانت أيسر من الصّوم كما جعل له المخلص عن حكم اليمين بالكفّارة إن تعذّر عليه الخروج عن حكمِه بالبِر ؛ إلّا أن الإثم في اليمين بالله بنفس الحِنث ، وهاهنا بمعنىٰ[٣] آخر يوجد بعده ، وهو ترك الوفاء بما قال ففارقه من هذا الوجه ؛ فلذلك خيّرناه ليأخذ بأي الشبهين شيئًا ، ولا يلزم مدبر[٤] قتل رجلًا خطأ ؛ فإن المولىٰ يلزمه الأقل من قيمتِه ومن الدية ، ولا يخير ، لأنّ الزِيادة لا تلزم إلّا باختياره ، لأنّه إذا اختارها لم يلزمه ، ولكن العاقل[٥] في العادات لا يختار الزِيادة من الغرامة إذا اتّفق الجنس للخلو[٦] عن الفائدة ، وفي العِبادة قد يختار للترغيب[٧] في الثّواب ، والله أعلم.

|٨٢٥| مسألةٌ: ومِن جملةِ ذلك إذا قال: إن فعلت كذا فللّه عليّ أن أنحر ولدِي فإن[٨] الحلف به صحيح[٩] عِند أبِي حنيفة ومحمد ﷺ استحسانًا كما لو

[١] «ص» (السنّة).
[٢] «ن» ، «ص» (يأثم).
[٣] «ن» ، «ص» (لمعنىٰ).
[٤] «ص» ولا يشكل المدبر.
[٥] «ص» (ولا يشكل المدبر).
[٦] «ن» (للخلف).
[٧] «ن» ، «ص» (الرّغبة).
[٨] «ن» (فإنّه).
[٩] «ن» (يصح).

حلف بالصّوم.

والقِياس: أن لا يصِحّ وهو قول: أبِي يوسف وزفر والشّافِعي ﷺ، وكذلِك إذا قال بلفظ أذبح.

وأمّا إذا قال: إن فعلت كذا فلله عليّ أن أذبح عبدي؛ فلا يصح عِند أبي حنيفة وعِند محمد ﷺ: يصح.

والمسألة أن النذر بنحر الولد أو ذبحه يصح أو لا.

ووجه القياسِ في ذلك: أنّ نحر الولد معصِية محظور وقال النبي ﷺ: «ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصيه»(١)، ولأنّه نذر إراقة دمٍ محظورٍ؛ فيلغو، كما لو[٢] قال: لله علي أن أذبح والدي[٣]، أو أقتل ولدي.

ووجه الاستِحسان: ما روي عن عليّ ﷺ أنه سئل عن هذه المسألة، فأوجب[٤] ذبح بقرة أو بدنة(٥). وسئل ابن عباس ﷺ فقال للسائل: أرىٰ عليك ذبح مائة بدنة ثمّ قال للسائل إيت ذلك الشيخ واسأله وأشار إلىٰ مسروق فما أفتاك به فأخبرني فذهب إليه السّائل؛ وسأله[٦] فقال: أرىٰ عليك ذبح شاة ثم أتىٰ عبد الله[٧] وأخبره بذلك[٨] فقال: وأنا أرىٰ مثل ذلك. فأجمعوا علىٰ أنّ النّذر

---

(١) سبق تخريجه ص (١٥٣).

[٢] «ن»، «ص» (إذا).

[٣] «ن»، «ص» (أبي).

[٤] «ن»، «ص» (فأجاب).

(٥) لم أقف عليه.

[٦] «ن»، «ص» (فسأله).

[٧] «ن»، «ص» (ابن عباس).

[٨] «ن»، «ص» (فأخبر بذلك عبد الله).

موجِب ذبح قربان؛ وإنّما اختلفوا في بيانه، وذكر في بعض التفاسير حديث ابن عباس ﵄ بإسناد له عن عبادة بن صهيب عن بكر بن خُنيس عن ليث بن أبي سليم عن عطاء عن ابن عباس ﵄ في رجل نذر أن يذبح ابنه فأمره بأن يذبح كبشا، وقرأ ﴿وَفَدَيْنَٰهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ﴾ [الصافات: ١٠٧].

والمعنىٰ في المسألة: أنّ الشاة شرعت[١] محلًا لوجوب الذبح بإيجاب ذبح مضافٍ إلىٰ الولد كما شرعت محلا لإيجاب ذبح مضاف إليها، ثمّ الناذر لو أوجب ذبحها بنذره لزمه ذبحها أصلا، فكذلِك يلزمه ذبحها بإيجاب الذّبح في ولده[٢]؛ لكونها[٣] محلًا لحكم الوجوب في الحالين، وعِند الخصم لا يلزمه ذبحها إذا أضاف الإيجاب إلىٰ الولد.

والدليل علىٰ الاستواء أنّ الشّرع أمرنا[٤] بذبح الشاة أضحية أو هديًا علىٰ المتمتع؛ فيلزمه[٥] ذبحها قربة أصلا بذلك الأمر، وإبراهيم ﵇ أمر بذبح الولد؛ فلزمه ذبح الشاةِ[٦] بذلك الأمر.

والدليل علىٰ أن إبراهيم[٧] أمر بذبح الولد[٨] أن ابنه، قال له في الجواب: يا أبت افعل ما تؤمر؛ فدلّ الجواب علىٰ أنّ أباه[٩] قال له: إني أمرت في المنام

---

[١] «ن»، «ص» (جعلت).
[٢] «ن»، «ص» (المضاف إلىٰ ولده).
[٣] «ص» (لكونه).
[٤] «ص» (أمر).
[٥] «ن» (فلزمه)، «ص» (فلزمنا).
[٦] «ص» (فلزمنا).
[٧] «ن» (علىٰ أنّه).
[٨] «ن» (أمر بذلك).
[٩] «ن» (الأب).

أني[١] أذبحك، وقوله: أرى، كأنه عِبارة عنه مجازًا، ولأنّهما اعتقدا الوجوب واشتغلا بالذّبح، وأقِرّ عليه، ولا يجوز على الرسل عليهم الصلاة والسلام اعتقاد خطأ يقرون عليه خصوصًا فيما لا يحِلّ العمل بغالب الرأي من إراقة دم بني آدم.

والدليل على أنه أدى هذا الواجِب بذبح الشاة[٢]: أن هذا باب لا يعلم إلّا بكتاب الله، وما ذكر في كتاب الله ذبح الولد؛ وإنّما ذكر الإسلام لذلك الأمر والاشتغال به، وكذلِك روي في الأخبار أنّ الشّفرة كانت تنثني[٣] وتنقلب ولا تذبح[٤] ولأن الله تعالى قال: ﴿وَفَدَيْنَٰهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ﴾ [الصافات ١٠٧]، ولو كان أداء الواجِب بذبح الولد لما كانت الشاة فداءً عنه.

❁ فإن قِيل: يحتمل أنّ ذبح الشّاة وجبت[٥] بأمرٍ آخر، وانفسخ الأول.

❁ قلنا: لا يمكن إثبات أمرٍ آخر، وهو غير مذكورٍ في القرآن، ولأنّ الأوّل لو انفسخ وسقط ووجب عليه[٦] الشاة بأمرٍ جديدٍ لما كانت فداءً، وأنّ الله تعالى نصّ على أنّه فداء الولد بالذّبح؛ أي: دفع مكروهِ الذّبح عنه بالشّاة.

❁ فإن قِيل: الشاة كانت فداءً عن ولد واجِب ذبحه، وذبح الولد اليوم منسوخ فلا يتصوّر الشاة فداء عنه.

❁ قلنا: حين جعلت الشاة فداء عنه وذبحت كان الولد معصوما عن الذبح

---

[١] «ن»، «ص» (أن).

[٢] «ن»، «ص» (شاة).

[٣] «ن»، «ص» (تلين).

[٤] «ن» (ولا تقطع).

[٥] «ص» (وجب).

[٦] «ن» (ووجبت الشاة)، «ص» (ووجب ذبح).

ولم يكن واجِب الذبح إذ لو كان واجِبا لما تأدي الحكم بالبدل مع القدرة علىٰ الأصل في يدي إبراهيم ﷺ، كما كان قبل الفداء، فثبت أنّ الشّاة شرعت[١] فداءً عن ولدٍ حرامٍ ذبحه ولا ذبح فيه؛ لكنه ولد أمر بذبحه فكانت فداءً عنه في حلول حكم الأمر بها.

❁ فقِيل: ذلك[٢] كان يحِلّ الحكم بالولد والآن حلّ بالشّاة فبقِي الولد بعد العصمة محلّا لإضافة إيجاب الذّبح إليه علىٰ أن يعمل الإيجاب في الشّاة فداءً عنه في محلية الحكم ليكون للناذر[٣] ثواب قربان الولد، وللولد ثواب أن يصِير قربانًا لله، حتّىٰ قال رسول الله ﷺ: «أنا ابن الذبيحين»(٤) وما ذُبِحا؛ بل أضيف إليهما إِيجاب الذّبح، ثمّ فديا بالقرابين[٥].

❁ فإن قِيل: إنّ الشّاة شرعت فداءً عن ولدٍ وجب ذبحه، لكِن أحيل الوجوب إِلىٰ الشّاة ففرغ الولد عن الوجوب[٦] بحكم الحوالة وصارتِ الشّاة فداءً

---

[١] «ن»، «ص» (جعلت).

[٢] «ص» (هذا).

[٣] «ص» (للذابح).

(٤) لا أصل له بهذا اللفظ، وأخرجه الطبري في تفسيره (٨٥/٢٣) وفي تاريخه (٢٦٣/١ - ٢٦)، والحاكم في المستدرك (٥٥٩/٢) من طريق عبد الله بن محمد العتبي، حدثنا عبد الله بن سعيد عن الصنابحي قال: حضرنا مجلس معاوية بن أبي سفيان فتذاكر القوم إسماعيل وإسحاق ابني إبراهيم، فقال بعضهم: الذبيح إسماعيل، وقال بعضهم: بل إسحاق الذبيح، فقال معاوية: سقطتم علىٰ الخبير، كنا عند رسول الله ﷺ فأتاه الأعرابي فقال: يا رسول الله خلفت البلاد يابسة، والماء يابسا، هلك المال وضاع العيال، فعد علي بما أفاء الله عليك يا ابن الذبيحين. الحديث، وقال ابن كثير في تفسيره: «هذا حديث غريب جداً» (١٨/٤).

[٥] «ص» (قربانا لقرابين).

[٦] «ص» (ففرغ الوجوب عن الولد).

عن الولد، وبدلًا عنه[١] من حيث مكانِ الوجوب كالدين يحال من ذمة إلىٰ ذمة فيفرغ الأوّل[٢] بالحوالة وتصير الذمة الثانية بدلًا عن الأولىٰ من حيث مكان الوجوب دون الواجِب، وهذا هو المشكل؛ ففيه قول بفداء الشاة عن الأول[٣]، ويكون ذبح الشّاة واجِبًا بالأمر بذّبح الولد[٤] لا بأمرٍ آخر، كالدّين المحال علىٰ ذمّةٍ هو الذي وجب بالعقد الأوّل ما تبدل في نفسه إنّما تبدل مكانه.

❁ قلنا: لو كان براءة الولد عن الذّبح بالحوالة لبقي[٥] محلّا لذبح[٦] قربان في الجملة؛ لأنّه ثبت محلًا حين[٧] أوجب فيه، وبانتقال الوجوب عنه لا يبطل صلاحه محلا للوجوب، كالذمة تفرغ بالحوالة، لا تصير معصومةً عن حلول الدّين بها، والمال الصالح محلا للبيع[٨]، وإن فسخ البيع عنه[٩] يبقىٰ محلا، وبالإجماع الآدمي معصوم في شريعتنا عن ذبح قربة[١٠] إنّما لا يعصم عن قتل عقوبة، فعلم أن الفراغ لم يكن بالحوالة[١١] ولكن بانتساخ المحلية بالشاة فلم يبق في الولد لأنّه لم يبق[١٢] محلا واشتغلت الشاة لأنّها قامت مقام الولد في المحلية

---

[١] «ص» (منه).

[٢] «ن» (من ذمة علىٰ ذمة فتفرغ الأولىٰ).

[٣] «ن»، «ص» (بكون الشّاه فداءً عنِ الولد).

[٤] «ص» (بالذبح للولد).

[٥] «ن»، «ص» (ليبقىٰ).

[٦] «ن»، «ص» (محلّ الذّبح).

[٧] «ص» (حتىٰ).

[٨] «ن»، «ص» (والمال صالح للبيع).

[٩] «ن»، «ص» (فيه).

[١٠] «ن»، «ص» (فدية).

[١١] «ن»، «ص» (بحكم الحوالة).

[١٢] في «أ»: (بالشاة لأنه لم يبق الولد).

ثمّ حل الحكم بالأمر القائم لا بحوالة الحكم عن محِلّ إِلىٰ محِلّ[١]، وكانت[٢] فداء بحق المحلية كمن رمىٰ إنسانا بسهم ففداه رجل بنفسه فقدم عليه حسا[٣] حتّىٰ نفد السهم فيه[٤] دون المرمي إليه، ويقال فدتك نفسي عن المكاره بهذه الطريقة لا بالحِوالة إليه عن الأصل، فكذلِك الشّاة كانت فداءً عنِ الولد في حق قبول حكم المكروه بنفسها من طريق الشّرع ففرغ الولد بقصور حكم الأمر عنه، والوقوع في الشّاة فصارت ذبيحةً بالأمر الأول فداءً عن الولد، فصارت قربة فداءٍ عن ولدٍ أوجب ذبحه من غير أن وجب فيه؛ بل بعدما انتسخ الوجوب فيه وجعل الأمر قاصرًا عن الوصولِ إليه بتقديم الشّاة عليه؛ ولذلك لم يبق محلًا لذبح قربان؛ لأنّ الفراغ لم يكن بالحوالة[٥] بل كان بأن جعل[٦] الأمر قاصرًا عنه شرعًا، ونسخ حكم الوصول إليه، ولما نسخ لم يبق.

ومثاله من الشّرعيات: رجل اشترىٰ شقص دارٍ بعبدٍ؛ فطلب الشّفيع الشّفعة قبل القبض أخذها من البائع بقِيمة العبد، ويسلم العبد للمشتري، وينقض الشِّراء بين البائعِ والمشتري عِندنا؛ لأنّ الشّفيع جعل بحكم هذا الشِّراء عندنا أحقّ من المشتري؛ فقام الشّفيع قبله مقامه في استِحقاقِ حكم الشِّراء، ولم يبق لِلمشتري ملك[٧] لا من طريق الحوالة أو المبادلة معه؛ بل من طريق انفِساخ ملكِه لتقدّم

---

[١] «ص» (محل آخر).

[٢] في «أ»: (فكانت).

[٣] «ص» (جنسا). «أ»: (حينًا).

[٤] «ص» (منه).

[٥] «ن»، «ص» (لحق الحوالة).

[٦] «ن»، «ص» (حصل).

[٧] «ص» (حكم).

الشفيع عليه، والعبد يسلم له بانتقاض[١] حكم الشِّراء عنه، وقيام القِيمة مقامه متقدمًا عليه لا على[٢] جهة أنها بدل على العبد، ولا الحوالة؛ بل بانفساخ[٣] حكم العقد عن العبد، وتناوله قِيمة العبد مقدّمة عليه؛ إلّا أنه لا يسمي فدية[٤]؛ لأنّ الفداء يطلق[٥] في المكارِه إذا تقدّم مكان المقصود، فقبل المكروه دونه فيقال: فدتك نفسي[٦]؛ فأما في المحبوب فيسمى استئثارًا لا فداءً؛ فقام الشّفيع مقام المشتري في استِحقاق المبِيع ببيعٍ مضافٍ إلى المشتري ابتِداء، لا بحكم الانتقال عن المشتري إليه، وكذلِك القِيمة استحقّت ثمنا بتسمية[٧] مضافة إلى العبد لا بدلًا عن الواجِب ولا نفلا.

وكذلِك طهارة الوضوء تتأدّى بمسح الخف دون غسل الرِّجل، لا من حيث إن المسح بدل عن غسلٍ واجِبٍ في الرِّجل، بل لأنّ الخفّ بدل عن الرِّجل في قبول حكم الحدث لعمل[٨] الحدث في الخف دون الرّجل فوجب المسح عن الحدث أصلًا لا بدلًا عن واجِبٍ آخر، فعمل الحدث في الخف دون الرجل.

وقال الشافعي(٩) ﷺ: إنّ يمِين الغموس تنعقد لإيجاب الكفّارة في الذّمة،

---

[١] «ن»، «ص» (بإسقاطِ من).

[٢] «ن»، «ص» (من).

[٣] «ص» (ب).

[٤] «ن»، «ص» (بإسقاطِ من).

[٥] «ن»، «ص» (يستعمل).

[٦] «ص» (فديتك).

[٧] «ص» (ثمن تسمية).

[٨] «ن» (فعمل).

(٩) انظر: «الحاوي الكبير» (١٥/٢٦٩)، «نهاية المطلب» (١٨/٣٧٩).

والعقد أضيف إلى الخبر لإظهار صدقِه؛ فقامتِ الذّمة مقام الخبر في كونها محلًا للعقد، والكفّارة مقام البرّ من غير تعرض[١] لإيجاب البر أو انتقال عنه[٢] إلى الكفّارة.

❁ فإن قيل: هذه كلّها شريعة من قبلنا، والكلام في حكم شريعتنا.

❁ قلنا: شريعة من قبلنا تلزمنا حتّى تقوم الدِلالة على انتساخها وهي مسألة من أصول الفقه شرحتها ثمة[٣].

❁ فإن قيل: هذا كله استدلال فاسد، لأنّ الله تعالى يقول: ﴿قَدۡ صَدَّقۡتَ ٱلرُّءۡيَآ﴾ قبل ذبح الفداء[٤].

❁ قلنا: صدقت تأويله اعتقدته صدقًا ـ والله أعلم ـ أو صدقت[٥] بفعلك جميع ما في وسعك من الذبح، والله تعالى لا يخاطب العبد بما لا طاقة فيه[٦] لأحد، ولا يلزم من نذر أن يصلي إلى البيت[٧] المقدس فإنه لا يلزمه شيء؛ لأنّ حكم الأمر بالتوجّه إلى بيت المقدس انتسخ[٨]، ووجب التوجه إلى الكعبة بأمرٍ آخر على حِدة؛ فكانا أمرين أحدهما منسوخ والآخر ناسخ، فلا يلزمه بالمنسوخ الناسخ[٩]، وأما هاهنا فالشّاة لزِم[١٠] إبراهيم ﷺ ذبحها بالأمر بِذبح الولد لا

[١] «ص» (ممن عوّض).
[٢] «ص» (منه).
[٣] «ن»، «ص» (شرحناها).
[٤] «ن»، «ص» (قبل ذبح الفداء قد صدقت الرؤيا).
[٥] «ص» (أو قصدت).
[٦] «ص» (لا طاقة له به).
[٧] في «أ»: (بيت).
[٨] «ص» (منسوخ).
[٩] في «أ»: (المنسوخ بالناسخ).
[١٠] «ص» (لزمت).

بأمر آخر ، ولا بعقد حوالة ، بل بالتّقدّم[١] لقبول[٢] حكم الأمر كما يجِب المِلك للشّفيع ببيعٍ مضافٍ إلىٰ المشتري ؛ بأن قدّمه الشّرع علىٰ المشتري ؛ إِلّا أنه تقديم إكرامٍ فلم يسم فداءً ، والشّاة قدمت علىٰ الولد لدفع مكروهٍ عنه بنفسها فسمّيت فداء ، والله أعلم.

وأمّا فصل العبد ، فإن محمدًا يقول: إِنّما كان نذر ذبح[٣] الولد موجِبًا ؛ لأنّ ولده كسبه وملكه بدليل ما قاله رسول الله ﷺ: «لا نذر فيما لا يملِكه ابن آدم»(٤) ، ولما نفذ[٥] النّذر من[٦] الولدِ بحكم أنه كسبه وملكه بظاهر النّص ؛ فالعبد الذي هو ملكه علىٰ الحقِيقة[٧] أولىٰ[٨] بإِيجاب النّذر فيه.

إلا أنّا نقول[٩]: أنه إِنّما صحّ النّذر في الولد ، لأنّ عمله حصل في الشّاة لا لأنّ الولد ملكه ، وصيرورة[١٠] إِيجاب ذبح الولد عِبارة عن ذبح الشّاة لم تعرف بالقياس[١١] بل بالنص علىٰ ما تلونا[١٢] ، ولأنّ الشّرع فدىٰ الولد بالشاة إظهارا لشرف الولد ولا شرف للعبد[١٣] ، والله أعلم.

---

[١] «ص» (بالتقدم عليه).
[٢] «ص» (بقبول).
[٣] «ن» (النذر بذبح) ، «ص» (الغرر بذبح).
(٤) سبق تخريجه.
[٥] «ن» ، «ص» (صح هذا).
[٦] «ن» (عن).
[٧] «ن» ، «ص» (من طريق الحقِيقة).
[٨] «ص» (أو).
[٩] «ن» ، «ص» (ولنا).
[١٠] «ص» (وضرورة).
[١١] «ص» (لم يعرف قياسا).
[١٢] «ص» (تلوناه).
[١٣] «ص» (للشاة).

فَصْــلٌ

محِلّ اليمِين المُوجِب للكفّارة وهو شرط صحة اليمِين

قال علماؤُنا رحمهم الله: المحلّ كونُ الخبر عنده يحتمِل الصّدق والكذب، وشرط وُجُوبِ الكفّارة الحِنث في اليمِين، أو فوت برٍ وجب باليمِين، ثُمّ الكفّارة تجب خلفًا عمّا فات من البرّ ليقوم مقامه، فيصِير كأنه لم يحنث لا أن تجب الكفّارة حُكمًا أصليًا لليمِين.

وقال الشّافعي(١) رحمه الله: المحلّ نفس الخبر وإن لم يحتمل الصّدق والكذب، وشرط الصّحة أن يخرُج عن قصدٍ صحيحٍ لا خطأٍ ولا كرهًا، وشرط وُجُوب الكفّارة تحقّق الكذب للخبر، ثُمّ الكفّارة تجب أصلًا باليمِين لا خلفًا عن البرّ، ويُخرّج على هذه الفصول مسألتنا[٢] الغمُوس واللّغو.

[٨٢٦] **مسألةٌ:** قال علماؤنا رحمهم الله: يمِين الغمُوس لا تُوجب الكفّارة.

وقال الشافعي(٣) رحمه الله: توجِبها لقول الله تعالى: ﴿لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٥]، والغمُوس مما كسبها[٤] القلب[٥] ثُمّ

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (١٥/٢٦٥ ـ ٢٦٨)، «نهاية المطلب» (١٨/٣٧٩).

[٢] «ن» (مسألة)، «ص» (مسألتان).

(٣) انظر: «الحاوي الكبير» (١٥/٢٦٨)، «نهاية المطلب» (١٨/٣٧٩).

[٤] «ص» (كسبه).

[٥] «ن» (القلوب).

إنّ الله تعالىٰ فسّر المؤاخذة باليمين في سورة المائدة بقوله[١]: ﴿فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ﴾ الآية [المائدة ٨٩]، وتبيّن بهذه الآية أن العقد في تلك الآية هو كسب القلب لا العقد الذي ضده الحلّ، فالعقد[٢] يحتمل ذلك العقد، وعقد القلب من قولك: اعتقدتُ، كذا وعقدت قلبي علىٰ كذا، ولفلان عِندي عقيدةٌ جميلةٌ[٣]، وقوله: مما كسبت[٤] قلوبكم مفسّرة؛ فصار بيانًا للمحتمل[٥]، والمؤاخذة في هذه الآية مُحتملة[٦] ومفسّرة في آية المائدة[٧] فصارت بيانًا لهذه الآية، أو نحتجّ بآية المائدةِ ونقول: الغمُوس معقودةٌ لإيجاب الكفّارة.

ودلّ عليه: أنّ الله تعالىٰ شرع الكفّارة عقيب اليمين بلا شرط حنثٍ، ولا يجب إلّا بالغمُوس وقال: إذا حلفتُم، ولم يقل: حنثتُم[٨]، وقول الله تعالىٰ: ﴿وَٱحْفَظُوٓاْ أَيْمَـٰنَكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩]، تأويله والله أعلم: لا تحلفوا فإنّك إذا حلفت خرجتِ اليمين عن يدِك، ولم تأمن ضياعها[٩] بالحِنث، قال الشاعر(١٠):

قليل الألايا حافظ ليمينه ❊ وإن سبقت منه الألية برّت

جعل الحفظ بقلّة اليمين، وذلك في أن لا يحلف، وجعل البّر والحفظ عن

---

[١] «ص» (وهو قوله).
[٢] «ص» (والعقد).
[٣] «ص» (حسنة).
[٤] «ن»، «ص» (كسبت).
[٥] «ن»، «ص» (عنده).
[٦] «ن» (مجملة).
[٧] «ن» (وفي آية المائدة مفسرة).
[٨] «ن»، «ص» (إذا حنثتم).
[٩] «ن» (يأمر صاحِبها).
(١٠) هو لكُثير عزة، انظر: ديوانه (ص: ٣٢٥).

الحِنث غير حفظ اليمِين، ولأنّ اللازم بعد الحلف هو البر فيكونُ الامتناعُ عن الحِنثِ حفظا[١] للبر لا لليمِين، وإنّما حفظ اليمِين بأن لا يحلِف ليبقى في ملكِه محفوظًا له كحفظ الطلاق، بأن لا يُطلق.

ولأنّا نقول: لما شرعت الكفّارة في العقود[٢] على ما يُفسرونه إذا فات الصّدق من الخبر بعد احتمالِه دلّ على الوُجُوب من طريقِ الأولى إذا كان الصّدق فائتًا من الأصل، ولأنّها لما شُرعت باسم كفّارة اليمِين عُلم أنها شُرعت لِمحو إثم اليمِين وسترها؛ فتفسير الكفّارة سِتارة ومطهرةٌ ونحوها، والغمُوس يمِين كالمعقود لُغة، وشرعًا: قال الله: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشۡتَرُونَ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ وَأَيۡمَٰنِهِمۡ ثَمَنٗا قَلِيلًا﴾ [آل عمران ٧٧] وهي: يمِين[٣] الغمُوس، ولما كانت يمِينًا والإثم فيها أكثرُ، وبسبب إثم اليمِين وجبت الكفّارة، دلّ زِيادةُ الإثم على تأكيد[٤] الوُجُوبِ إن لم توجِب زِيادةً مبتدأةً كالزنا بالأم من الزّنا بالأجنبية.

وأمّا الفقه في المسألة: فإنّ الغمُوس يمِينٌ بالله تعالى مقصُودة؛ فيكون سببا للكفّارة قياسا على اليمِين المعقودة، وهذا لأنّهُما لا يفترقان إلّا بتصور البرّ في المعقودة دُون الغمُوس والبر مانع من الكفّارة؛ فدّل عدمُ تصوّره على وُجُوبها دُون عدمِها، ولأنّ الكفّارة لا تجبُ ابتِداءً، وإنّما تجب جزاءً[٥] على ارتكاب محظورٍ، وخطر الغمُوس من جنس خطر المعقودة إذا حنث فيها؛ لأنّهُ خطرٌ من

[١] «ن»، «ص» (حفظ).

[٢] «ن»، «ص» (اليمين المعقودة).

[٣] «ص» (اليمين).

[٤] في «أ»: (تأكد).

[٥] «ص» (بل جزاء).

حيثُ الاستشهاد بالله كاذبًا ، وفي الغمُوس الحظر آكدُ ؛ فيكون أدلّ علىٰ وُجُوب الكفّارة.

ولا معنىٰ لقول من يقول: إن الكفّارة تجب بالحنث ؛ لأنّ الله تعالىٰ سمّاها كفّارة اليمين لا كفارة الحِنث ، وإنّما تضاف إلىٰ سببِها علىٰ الحقِيقة ككفّارة القتل والظّهار والإفطار والإضافة إلىٰ الشّرط ضرب مجازٍ ؛ لأنّها لا تجِب بالشّرط ؛ فلا يُضاف إليها علىٰ الحقِيقة.

ولأنّ مباشرة سببِ الكفّارة من طريقِ القول لا يصحّ[١] بالإجماع من المجنون ، ثُمّ لو حلف أن لا يكلم فلانا ، وهو صحيح وحنث وهو مجنون يلزمه الكفّارة ، ولو كان مجنونًا عِند اليمين لم يحنث[٢] ، ولأنّهُ لو حلف مرارًا: والله لا أدخل الدّار فدخل لزمته بعددِ الأيمان كفارات[٣] وإن لم يتعدد الدخول ولا يلزم الصبي لأنّا عللنا[٤] لإلحاق جنس الماضي بالمستقبل لا لبيان من يصح منه اليمِين ، والله أعلم.

***

[١] زاد في «أ»: (إلا) ولعله تصحيف.

[٢] «ن» (يجب).

[٣] «ن» (لزمته الكفارة بعدد الأيمان).

[٤] «ن» (علتنا).

فَصْــلٌ

ولما ثبت أن الكفّارة تجب بالغمُوس عُلم أنها لم تجب خلفًا عن برّ اليمِين بل أصلًا بنفسِها شرعًا حال كذِب[١] الخبر حتّىٰ لا يفوت الاستشهادُ بالله عن مُوجِبِه حقًّا لله تعالىٰ، أمّا صدق الخبر إن وُجد أو الكفّارة إن لم يوجد الصّدق في الخبر، وهذا كما قُلتم: إن إِيجاب ذبح الولد كان يُوجِب ذبحه حين كان ذبحه قربةً، وبعد ما لم يوجد ذبحه قربةً شرعًا صار كِفاية[٢] عن إِيجاب ذبح الشّاة أصلًا بنفسه بعد[٣] انعدام معنىٰ القُربة عن الذّبح.

ودل عليه: إن الكفّارة في اليمِين المعقودة لمّا عُلقت بشرطٍ عدم[٤] الصّدق في الخبر والعدم متحقق في الغمُوس صار إيجابًا للكفّارة غير متعلّق[٥]، كما إذا[٦] قال: إن دخلتِ الدّار فعلي كفّارة، وقال: إن كُنت دخلتِ فعلي كفّارة وكان دخلها، ولأنّ اليمِين نوعان: يمِين بالله تعالىٰ ويمِين بالطلاق ونحوه.

ثُمّ اليمِين، بالطّلاق بشرطٍ ماضٍ علىٰ الكذب يُوجِب ما يُوجِبه اليمِين بالطلاق بشرطٍ في المستقبلِ، ووجُد الشرط فكذلك[٧] اليمِين بالله وهي كاذبةٌ تُوجِب ما يُوجِبه في المستقبل إذا تحقّق الكذب فيها[٨].

---

[١] «ص» (ذلك).

[٢] «ن»، «ص» (كناية).

[٣] «ص» (دون).

[٤] «ن» (يجب).

[٥] «ص» (معلق).

[٦] «ن»، «ص» (لو).

[٧] «ن» (يجب).

[٨] «ن» (منها).

فَصْلٌ

وتبيّن أنّ شرط وُجُوبِ الكفّارة فوت الصّدق من الخبر الّذي عقد اليمِين عليه ، وأما شرط صحّة اليمِين فالقصد الصّحيح ؛ لأنّ الله تعالىٰ جعل اللّغو الذي لا مؤاخذة فيه ما يُضاد كسب القلب ، وقال ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»(١) .

ولأنّ الكفّارة كاسمها سِتارةُ للذّنبِ ، ولا تجب الأجزاء علىٰ هتك محظورٍ ، والحظر شرعًا يرتفع[٢] بالخطأ والكُره ، ويتحقّقُ بالعمد وعِند الكذِب . ولأنّ المذهب عِندي أنّ الخطأ والكُره يُفسدان العبادة ، كما قلنا[٣] في طلاق المُكره والمخطئ .

وأمّا علماؤُنا ، فإنّه يحتج لقولِهم: لا كفّارة في يمِين الغمُوس بقول الله[٤]: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشۡتَرُونَ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ وَأَيۡمَٰنِهِمۡ ثَمَنٗا قَلِيلًا أُوْلَٰٓئِكَ لَا خَلَٰقَ لَهُمۡ﴾ [آل عمران ٧٧] ، والشِّراء باليمِين هُو اليمِين الغمُوس ؛ لأنّ تفسيره أن يكون عليه مالٌ فينكِر[٥] ويحلِف ؛ فيجعل المال لنفسه بيمِينِه فبيّن الله أن حكمه حِرمان الخلاق[٦]

(١) رواه ابن ماجه (٢٠٤٥) ، وابن حبان (٧٢١٩) ، والدارقطني (١٣٩/٣) ، والحاكم في المستدرك (١٩٨/٢) ، وقال: «صحيح علىٰ شرط الشيخين» ، وحسنه النووي في روضة الطالبين: (١٩٣/٨) .

[٢] «ص» (يقع) .

[٣] «ص» (قلت) .

[٤] «ص» (ولنا: قول الله) .

[٥] «ص» (فينكره) .

[٦] «أ» (وبيّن الله حكمها جريان الخلاف) والمثبت من «ن» ، «ص» .

في الآخرة؛ فمن أوجب الكفّارة في الدّنيا فقد زاد، والزِيادةُ تجري مجري النّسخ عِندنا، ولأنّ الكفّارة شُرعت ستارةً فلا بد من أن ترفع شيئًا من ذلك الوعيد.

❁ فإن قِيل: هذا وعيدُ من يملِك[١] المال بيمِينه.

❁ قلنا: إنّ الله تعالىٰ بيّن وعيد أكل المال بالباطِل في غير موضعٍ، منها قولُه: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [النساء: ٢٩] إلىٰ آخِر الآية؛ فحمل هذا[٢] عليه يصِير تكرارًا؛ فلا يُحمل عليه ما أمكن، ولأنّ فيه زِيادة وعيدٍ، ليس في باب المال، فعلِمنا أنّه سببٌ آخر، وهو الحلِفُ بالله تعالىٰ كاذبًا غير أنها لما حصلت بقصد شراءِ المال بِها سُميت باسم الشّراء، وقال ﷺ: «اليمِين الغمُوس تدع[٣] الديار بلاقع(٤)»(٥)، فأخبر أنّ جزاءه[٦] المعجّل ذهاب دُنياه؛ فلا تجوز الزيادة عليه، وإيجاب ما يرفع هذا الجزاء، والكفّارة رافعةٌ لِما مرّ، وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ: «خمس لا كفّارة فيهن الإشراك بالله، والفرار من الزحف، وبهت المؤمن، وقتل المسلم بغير حقّ، واليمِين الفاجرة يقطع بِها مال امرئ مسلم»(٧). وعن ابن مسعود رضي الله عنه: «كنا نعد من الكبائر التي لا كفّارة

---

[١] في «أ»: (وعيد تملُّك).

[٢] «أ» (لقول) والمثبت من «ن»، «ص».

[٣] «أ» (تذر) والمثبت من «ن»، «ص».

(٤) البلاقع: جمع بلقع وبلقعة، وهي الأرض القفراء التي لا شيء، انظر: «النهاية لابن الأثير» (٣٨٦/٣).

(٥) أخرجه الدولابي في الكنىٰ والأسماء (١١٨٥/٣ برقم: ٢٠٧٢) الطبراني في الأوسط (٥٦/٢ برقم: ١٠٩٦)، وفي مسند الشاميين (٣٩٧/٣ برقم: ٢٥٤٣)، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٢٧٠/١): «رواه الطبراني في الأوسط، وفيه أبو الدهماء الأصعب وثقه النفيلي، وضعفه ابن حبان».

[٦] «ص» (جزاءها).

(٧) رواه أحمد برقم (٨٧٣٧)، والطبراني في مسند الشاميين (٢٠٠/٢)، وقال الهيثمي في مجمع=

فيها اليمِين الفاجرة التي يقتطع بِها مال امرئ مسلم»(١).

ولنا حكاية عن الصحابة وعن أبي مالك الغفاري وكان من الصحابة: «الأيمان ثلاثة يمِين تكفر ويمِين لا تكفر ويمِين نرجو أن لا يؤاخذ الله بِها صاحِبها»(٢). وفسرها على نحو ما فسرها محمد بن الحسن رحمه الله.

دليل آخر من الكتاب[٣]: قول الله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ﴾ [المائدة: ٨٩]، شرع الله تعالى الإيمان نوعين: معقودة فيها كفّارة، ولغو لا كفّارة فيها؛ فالآية[٤] شُرعت لبيان المؤاخذة بالكفّارة، والغمُوس ليست بمعقودةٍ فكانت لغوًا في حقّ الكفّارة.

والدليل على أن الغمُوس لم يدخل تحت قوله: ﴿بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ﴾: أنّ العقد لا يصِير عقدًا مالم ينعقِد به العقد، يقال عقدتُه فانعقد كقولك: كسرتُه فانكسر، لا ينطلق الاسم على أحدهما دُون الآخر؛ والغمُوس لا ينعقِد يمِينًا لما وُضع له اليمِين على ما نذكر بعد هذا.

= الزوائد (١/١٠٣): «رواه أحمد وفيه: بقية، وهو ضعيف مدلس وقد عنعنه».

(١) رواه الطبراني في المعجم الكبير (١٨/١٢٥) بلفظ: «كنا نعد اليمين الغموس من الكبائر»، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/١٨١): «فيه كثير أبو الفضل روى عنه جماعة، ولم يضعفه أحد، وبقية رجاله ثقات».

(٢) رواه سعيد بن منصور (٤/١٥٣٤)، بلفظ: «الأيمان ثلاثة: يمِين تكفر، ويمِين لا تكفر، ويمِين لا يؤاخذ بِها صاحِبها، فأما اليمِين التي تكفر فرجل يعاهد أن لا يفعل كذا وكذا فيفعله، فعليه الكفّارة، وأما اليمِين التي لا تكفر فالرّجُل يحلف على الأمر يتعمد فيه الكذب، فليس فيه كفّارة، وأما اليمِين التي لا يؤاخذ بِها صاحِبها فرجل يحلف على أمر يرى أنه كما حلف عليه، فلا يكون كذلِك، فهذا ما لا كفّارة فيه، وهو اللّغو».

[٣] «ن» (والدليل عليه أيضا).

[٤] «ن» (والآية).

ولأنّ الله تعالىٰ أضاف العقد إلىٰ اليمين، وجعلها مفعولة[١] العقد، وإنّما تكون مفعولةً[٢] إذا انعقدت به، كما تقول[٣]: عقدتم البيع، فيكون عِبارة عما ينعقِد به البيع، والانعقاد يكون باللفظ دُون قصد القلب، وإنّما القصد[٤] شرط لصحةِ اللفظ علىٰ أصله، فثبت أنّ العقد عِبارةٌ عن اللّفظ دُون القصد؛ فيصِير اللّغو في مقابلة ما لا ينعقِد بلفظه لأنّه[٥] ضد المقصود[٦].

قُلنا: ولأنّ الآية قُرئت بقراءتين ﴿عَقَدْتُم﴾ بالتخفيف و﴿عَقَّدْتُم﴾ بالتشديد، والمخفف يحتمل القلب واللسان(٧)، والمشدّد[٨] لا يحتمل القلب، فيجِب حمل المُحتمل علىٰ المحكم، علىٰ ما هو الأصل؛ ولأنّ العقد لا يتحقّق إلّا بالانعقاد والمُراد به[٩] عقد اليمين، وعقد القلب[١٠] سُمي عقدا[١١] بانعقاد[١٢] في القلب بقصد اليمين، واليمين ينعقِد باللفظ بعده[١٣] فكان ذلك من هذا في حقّ اليمين مجازًا من الحقِيقة فلا يصرف إليه إلّا بدليل وإذا لم تكن

---

[١] «ن»، «أ» (معقولة).

[٢] «ن» (معقولة).

[٣] «أ» (يقال).

[٤] «أ» (العقد).

[٥] «ن»، «أ» (لا).

[٦] في «أ»: (المقصودة).

(٧) انظر: معاني القرآءات للأزهري (١/٣٣٧).

[٨] «ص» (التشديد).

[٩] «ص» (والمراددة).

[١٠] «ص» (اليمين).

[١١] «ن» (يسمىٰ قصدا).

[١٢] «ن» (بالانعقاد).

[١٣] «ن» (هو).

معقودة لم تكن سببا للكفّارة. ولأنّ[١] الله تعالىٰ قصر الوُجُوب علىٰ المعقُودة حال بيان الفرق[٢] بين سبب الكفّارة وما ليس بسبب، ولأنّ اليمِين ما شرعت عبادة ليكون المبتغا بِها في الآخرة.

ألا ترىٰ أنّها شرعت علىٰ الكافر، وإنّما شُرعت لمقصُود في الدنيا ويصِير لغوًا إذا خلت عن ذلك أي كلامًا لا عِبرة به، وإنّما تبقىٰ مُعتبرة في الآخرة من حيثُ أنها كبيرة، كبيع الحر، واللّغو في الأيمان اسم لما لا يُوجِب الكفّارة. ولأنّ اللّغو اسم في اللُّغة لكلامٍ لا فائدة فيه علىٰ ما بيناه[٣] في مسألة اللغو[٤] بعد هذا، والغمُوس ما فيها فائدة اليمِين المشروعة بل خلت عنها؛ لأنّها شُرعت لما أقسم الله[٥] تعالىٰ بها من تحقيق البر ولما أمر الله تعالىٰ بِها والبر فائت من الغمُوس أصلًا؛ فكانت لغوًا من حيثُ لم تنعقد[٦] لحكمه[٧] وكان كبيع الحر، [ولأنّ اليمِين ما شرعت عادة ليكون المبتغىٰ بِها أمر الآخرة.

ألا ترىٰ أنها شرعت علىٰ الكافر وإنّما شرعت لمقصُود في الدنيا ويصِير[٨] لغوًا إذا خلا[٩] عن ذلك، أي كلامًا لا عبرة به وإنّما تبقىٰ مُعتبرا[١٠] في الآخرة

---

[١] «ن»، «أ» (لأنّ)، والمثبت من «ص».

[٢] «ن»، «ص» (لما فرق).

[٣] «ن» (ما نذكر).

[٤] «ص» (يمين اللغو).

[٥] «ن» (إليه).

[٦] «ن»، «ص» (يعقد).

[٧] «ن»، «ص» (لحكمها).

[٨] «ص» (فيصير).

[٩] «ص» (خلت).

[١٠] «ص» (معتبرة).

من حيثُ أنها كثيرة، كبيع الحر واللّغو في الأيمان اسم لما لا يُوجِب الكفّارة.

وأمّا الفقه في المسألة: فإن[١] الخبر الكذب ليس بمحل لليمِين المُوجِبة للكفّارة؛ لأنّهَا على الكذب فيصِير[٢] محظورًا محضًا، والمحظورات المحضة لا تصلح أسبابًا للكفّارة شرعًا كالردة والزنا والسرقة وشرب الخمر ونحوها، وعكسها القتل خطأ واليمِين المعقودة.

وإنّما قُلنا: اليمِين الغمُوس محظور محض لأنّها من الكبائر على ما قُلنا، ونصّ الله تعالى على وعيدها في الآخرة، ولأنّ الكذب محظورٌ لا إباحة فيه بوجه إلّا من جهة الفاعل من حيث الخطأ والكره والسهو ونحوه، فيتمحض محظورًا بانعدام ما يُزيل حكم حظره من كل وجه ثُمّ يتأكد الحظر بالاستشهاد بالله كاذبًا.

وهذا لمعنى فقهي، وهو أن[٣] حقوق الله تعالى على أقسامٍ ثلاثة: عبادات محضةٌ وإنها لا تتعلق بأسبابٍ محظورةٍ بل بأسبابٍ مباحةٍ كالنصاب للزكاة، والشّهر[٤] للصّوم والوقت للصلاة والبيت للحج وغيرها، وعقوبات محضة، وإنها تتعلق بمحظوراتٍ محضة، لأنّ العقوبة شرعت زاجرةً محضةً، وإنّما يجِب الزجر عن المعاصي لا عن المباح[٥] وكفّارات[٦]، وهي مترددة[٧] بين عبادة

[١] «ن» (والمعنى أنّ).

[٢] «أ»، «ن» (يصير) والمثبت من «ص».

[٣] «ن» (لأنّ).

[٤] «ص» (والوقت).

[٥] «ن» (المباحات).

[٦] «ن» (وكفارة).

[٧] «ن»، «ص» (وتتردد).

وعُقُوبة[١] أما العُقُوبة منها فلأنّها لا تجب إلّا جزاء كالحدود، والعبادات تجب ابتِداءً تعظِيمًا لله، وأمّا العبادة منها؛ فلأنّها تتأدىٰ بالصوم مرة، والصوم بدل عن الطعام [كما في كفارة اليمين][٢]، ومرة الطعام بدل عنه، كما في كفارة الظهار وبدل الشيء لا ينفك عن تأدي معنىٰ الأصل به ليكون بدلًا وما شرع الصوم خاليًا عن معنىٰ العبادة، ولأنّها تُكفّر الذّنب الذي لحِقه، ولن يقع التّكفير إلّا بما هو طاعة لله وقربة كالتوبة، وأمّا[٣] العُقُوبة فتنكيلٌ وخزيٌ حتّىٰ لزمت العُقُوبة أهل[٤] الكفر الذين لا قربة لهم وإنّما يقع الطهر[٥] بالحد إذا جاء تائبًا نادمًا مستسلمًا لأمر الله كماعز[٦]؛ فيكون الاستسلام والصبر لِما شرع عليه طاعة وطُهرةً.

ولمّا اشتملتِ الكفّارة علىٰ معنىٰ العُقُوبة والعبادة[٧] اشتمل سببُها علىٰ صفةِ سببِ العبادة وصفة سبب العُقُوبة[٨] وهو الحظر والإباحة؛ فلم يصلح المباح المحض سببا لها ولا المحظور[٩] المحض سببًا لها، ولم يكن سببها المشروع لها إلّا بين صفتي إباحةٍ وحظرٍ، وكان السبب هي[١٠] اليمِين المعقودة لأنّها محظورة من وجه، فإن الله تعالىٰ نهانا عن الحلِف بقوله: ﴿وَلَا تَجْعَلُوا۟ ٱللَّهَ عُرْضَةً لِّأَيْمَٰنِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٤]، وأمرنا بالترك بقوله: ﴿وَٱحْفَظُوٓا۟ أَيْمَٰنَكُمْ﴾، فصار

---

[١] «ص» (بين عقوبة وعبادة).
[٢] ما بين [ ] ليس في «ن»، «ص».
[٣] «ص» (فأما).
[٤] «ن» (وذلك لأهل).
[٥] «ن» (تقع الطهرة).
[٦] «ن»، «ص» (كما فعل ماعز).
[٧] «ن»، «ص» (العبادة والعقوبة).
[٨] «ن»، «ص» (صفة سبب العبادة والعقوبة).
[٩] «ص» (للمحظور).
[١٠] «ن»، «ص» (هو).

الحلف لأمر يريده منهيًا عنه من هذا الوجه وأنه مباح[١] من وجه كالحلف في بيعة[٢] نصرة الحق[٣] ونحوها ولأنّ اليمِين الصادقة مباحة يحلف بِها في الخصومات وتلزمنا شرعًا وإِنّما يحرم الكذب والمعقودة قبل الحِنث في حيِّز الصدق فكان[٤] في حيِّز الإباحة في أصلها وإنّما جاء النهي لخوف الكذب وإنه عارض، ثُمّ العارض إذا فات حتّىٰ تمحض مُباحًا لم تجِب به[٥] الكفّارة فالصفة الأصلية إذا فاتت حتىٰ تمحض محظورا أولىٰ[٦] أن لا تكون سببًا.

ولهذا قُلنا: القتل[٧] العمد لا يُوجِب الكفّارة لأنّهُ محضور محضٌ في نفسه؛ لأنّ الآدمي خُلق معصومًا عن القتل إلّا جزاء علىٰ معصِية؛ فلم[٨] يكن محلًا للقتل الحلال ابتِداءً شرعًا؛ فتمحضت[٩] حُرمة الفعل[١٠] في غير محِلّ الحل[١١]؛ لأنّ الشيء لا يُوجد في غير محلّه، كالبضع خُلق معصومًا عن الوطء إلّا بملك، فكان الوطء قبل المِلك حرامًا محضًا شرعًا.

[١] «ن»، «ص» (وأنّها مباحة).

[٢] «ص» (يمينه).

[٣] «ص» (الإمام الحق).

[٤] «ن»، «ص» (فكانت).

[٥] «ص» (تجزه).

[٦] «ص» (تمحضت محظورة أولا).

[٧] «ص» (إن قتل).

[٨] «ص» (ولم).

[٩] «ن» (فتمحض).

[١٠] «ن» (القتل).

[١١] «ص» (الفعل).

|٨٢٧| **مسألةٌ**: وقال جمهورُ العلماء: الظِّهار لا يُوجِب الكفّارة بنفسِه؛ لأنّهُ محظورٌ محضٌ لأنّهُ كذب[١] وزورٌ، إلّا أن ينضمّ إليه العود لما قال من بيِّنة[٢] الجماع الذي هو إمساك بالمعروف في النكاح.

وقد دل عليه الكتاب، فإنّ الله تعالىٰ ذكر الظهار بغير عود، فأخبر[٣] أنّه منكر من القول وزور ولم يوجب الكفارة، وذكر الظهار مع العود وأوجب الكفارة، فالمنصوصات[٤] لا يقاس بعضها علىٰ بعض.

ولا يلزم كفارة الإفطار، فإنّها لا تجب مع شبهة الإباحة لأنّ كفارة الفطر إنّما تجب بفعل مباح في نفسه محظور لصومه كجماع الأهل[٥] وأكل خبزة، وإنّما يشترط تمحض الحظر لحق الفطر أن لا يكون فيه شبهة إباحة الفطر لا شبهة إباحة ذلك الفعل في نفسه حتىٰ إذا زنا في شهر رمضان فذلك الزنا حرام في نفسه لا بحق الصوم وحرام لغيره، وهو الصوم ووجب بكونه حراما في نفسه الحد الذي هو عقوبة وبالسبب الآخر كفارة فلابد من إلغاء حرمة الفعل في نفسه لإيجاب الكفارة وإلحاقه بالحلال في نفسه لولا الصوم وتحقيقه أنّ الكفارة تجب بالإفطار لا بالجماع نفسه، والإفطار باقتضاء شهوة بطنه وفرجه، والاقتضاء في نفسه حلال، وإنّما حرم لغيره وهو الصوم في مسألتنا، فلم يصر حراما محضا لما حل في نفسه لوجود في محله.

وكذلك كفارات الحج علىٰ هذا لا تجب إلا لحرمة بسبب الإحرام دون

---

[١] «ص» (منكر).

[٢] في «أ»: (نية)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٣] «ن»، «ص» (وأخبر).

[٤] «ص» (والمنصوصات).

[٥] «ص» (منكوحته ومملوكته).

حرمة الفعل في نفسه على ما قلنا[١] في الصوم، لأنّها تجب بأسباب هي ارتفاقات ومن حيث إنّها ارتفاقات مباحة، وإنما حرمت بالإحرام.

ووجه آخر: وهو أنّ الغموس في الحقيقة ليس بيمين[٢] وإنّما هي تسمية[٣] ومجاز كبيع الحر وطلاق البهيمة، فأمّا الغموس فهي كبيرة على الحقيقة سميت باسم اليمين لأنّ الكبيرة حصلت باستعمال صورة اليمين كبيع الحر كبيرة، سميت بيعًا، وكفارة اليمين لا تجب بغير اليمين قياسا لأنّ أسباب الكفارات لا مدخل للقياس فيها.

والدليل على أنّها ليست بيمين على الحقيقة: أنّ اليمين عقد مشروع أمر الله تعالى به في الخصومات وبيعة الإمام الحق ونحوها، والغموس كبيرة فلا تكون مشروعة كبيع الحر، ولأنّ اليمين لغة شرعت لتحقيق الصدق من الخبر وكذلك شرعا فقد جعلت حجة للمنكر بها[٤] يثبت صدق خبره، وكذلك الوعد في المستقبل يحتمل الحلف والنجز فيؤكد باليمين لتحقيق صدقه ونجزه، وكذلك الحلف في بيعة رسول الله كان لهذا ولا إشكال فيه، ولما كان عقد اليمين لتحقيق الصدق من الخبر لم يكن خبر لا صدق فيه محلا له كالبيع عقد شرع لإيجاب ملك المال فلم يكن الحر الذي لا مالية فيه محلا له وكذلك البهيمة للطلاق[٥]، وكذلك جميع التصرفات تلغو إضافتها إلى محال لا ينعقد فيها ما وضع التصرف له.

❁ **فإن قيل:** إنّي لا أسلّم أنّ سبب الكفارة اليمين التي تنعقد لإيجاب

---

[١] «ن»، «ص» (بيّنا).

[٢] «ص» (الغموس ليست بيمين حقيقة).

[٣] «ص» (يمين تسمية).

[٤] «ص» (به).

[٥] «ص» (للنكاح).

الصدق، بل السبب اليمين الكاذبة التي قلت إنّها يمين تسمية ومجازا كالتي تبقىٰ بعد الحنث.

❁ قلنا: إنّ الله تعالىٰ لما أضافها إلىٰ اليمين وجب القول بحقيقة اليمين حتىٰ يقوم الدليل علىٰ امتناع القول به. ولأنّ السبب متىٰ جُعلت يمينا كاذبةً لم يجز تعجيل الكفّارة قبل الحِنث؛ لأنّ الموجودة ليست بكاذبةٍ، ولا سبب لها لأنّها تمنع الفعل الذي فيه الحنث[١]، والسبب أدناه الطريق إلىٰ الشيء إلّا أنه يقول السبب الحلف بالله مقصُودة ولكن شرط تحقق الكذب فيها.

وعِندي: يجوزُ التعجيل علىٰ الشّرط الذي تعلّق الوُجُوب به، كما إذا قال: إن دخلت الدّار فعلي كفّارة بالطعام فعجِل[٢] علىٰ الدخول أجزأه[٣]، وقد ذكرنا جواب هذا السؤال في بيان شرط وُجُوب الكفّارة؛ فيصِير طريقة أخرىٰ، والجواب علىٰ هذه الطريقة ما قلناه.

ويدل عليه: أن اليمِين ترتفع بالحِنث ولا[٤] يبقىٰ شيء منه لا حقِيقة ولا مجازًا[٥]، بدليل أنها كانت انعقدت لإيجاب حكم، وهو تحقيق صدق الخبر تعظِيماً لحُرمة الاسم علىٰ ما مر، وبالحِنث يفوت الصّدق من الخبر إلىٰ الكذب؛ فلا يبقىٰ محِلّ العقد ولا حُكمه؛ فينحل العقد ويبطل بفوت محلّه؛ لأنّ اعتباره شرعًا لحُكمه لا لعينِه ووضعًا بفرق[٦] محلّه؛ فإن الحال لا يُتصوّر بغير محِلّ،

---

[١] «ن»، «ص» (الحنث الذي فيه الكذب).

[٢] «ن» (فعجلها).

[٣] «ن» (أجازه).

[٤] «ن»، «ص» (فلا).

[٥] «ن»، «ص» (لا مجازا ولا حقيقة).

[٦] «ن» (بفوت).

وقد مرّ أن المحلّ خبر فيه رجاء الصّدق، وإنه بمنزلة عقد النكاح بعد طريان المحرمية لا يبقىٰ شيء منه لا مجازًا ولا حقِيقة؛ لفوت محِلّه، وهو المرأة المحلّلة بخِلاف الغمُوس فإنه يسُمي يمِينًا مجازًا لوجود صورة اليمِين بإضافة الاسم إِلىٰ الخبر ولا صورة فيما نحن في المعقودة بعد الحِنث، لأنّ الصورة ما كانت قبل الحِنث وقد ارتفعت بالحِنث.

❁ **فإن قِيل**: بالحِنث لا ترتفع بل تبقىٰ كما كانت، لكِن الحُكم من حيث[١] كان إِيجاب صدقِه تحول إِلىٰ إِيجاب الكفّارة فبقي[٢] اليمِين وإن ذهب الصدق؛ لأنّهُ ذهب إِلىٰ خلف، ومحل الوُجُوب كان هو الخبر وصار الآن ذمّة الحالف.

❁ **قلنا**: لو كان هذا[٣] لم يكن كفّارة كالحُكم الأوّل؛ فلما سُميت كفّارة عُلم أنّ العقد قد ارتفع وأنّه عقدُ ما يحِلّ رفعه في نفسِه تعظِيما لله إِلّا بمعارض من جِهة الله فسمىٰ الواجِب بعد الرّفع كفّارة أي ستارة؛ لإِثم الرّفع حتّىٰ يصِير كأنّه اسم[٤] البر، ولم يرفع[٥] اليمِين، والله أعلم.

❁ ❁ ❁

[١] «ص» (من حين حنث).

[٢] «ص» (فبقيت).

[٣] «ص»، «أ» (هكذا).

[٤] في «أ»: (إثم).

[٥] «ص» (يرتفع).

فَصْــلٌ

وأمّا شرط وُجُوب الكفّارة ففوت بر[١] اليمِين أو فوت صدق تجِب مراعاته حقًّا لليمِين وتعظِيما لحُرمة اسم الله تعالىٰ لأنّ موضع الإجماع علىٰ الكفّارة اليمِين في المستقبل ولا تجب الكفّارة[٢] ما لم يحنث وفي الحِنث تحقق كذب الخبر وفوت بر[٣] وجب مراعاته حقًّا لله تعظِيما لاسمه فتجب الإضافة إِلىٰ الفائت بجميع أوصافه حتّىٰ يقوم الدليل علىٰ التخصيص واعتبار نفس الكذب بعض الأوصاف وجميعه كذب للخبر[٤] ثبت بفوت صدق وجب مراعاته حقًّا لحُرمة الاسم وهو بر اليمِين وإذا صار الشرط هذا لم يجِب بالغمُوس لأنّهُ لا يُتصوّر فيه لأنّهُ لا صدق لخبره ليجِب مراعاته حقًّا لله تعالىٰ.

❁ فإن قِيل: إن هذا تعليل للأصل فلا يجِب التعليل بما يستغرق جميع أوصاف الأصل فلا[٥] يتعدىٰ.

❁ قلنا: إن أسباب الكفّارة وشروطها لا مدخل للقياس فيها فيجِب المنصوص بنفسه ثُمّ التّعدّية إِلىٰ غيره استدلالا به إذا وجد في غيره عين[٦] ما تعلق الوُجُوب به في المنصوص عليه فصارت اليمِين عِندنا شرعًا[٧] نوعا واحِدا

[١] «ص» (بفوت).

[٢] «ص»، «أ» (الكفارة هناك).

[٣] «ن» (كذب).

[٤] «ص» (الخبر).

[٥] «ص» (ولا).

[٦] «ص» (إذا وجد غير).

[٧] «ص» (شرعا عندنا).

ما ينعقِد علىٰ خبر يحتمل[١] الصدق لإيجاب الصدق فيه[٢] قصد أم لم يقصد.

وأما ما عقد علىٰ الكذب فهو ليس[٣] بيمِين شرعي ولكنه[٤] لغو من حيثُ اليمِين أي خالي[٥] عن معنىٰ اليمِين، وحكمه كبيع الحر في البيوع ثُمّ إنه نوعان إن كان عن قصد كان كبيرة تستوجب بِها الاسم[٦] وإن كان عن غير قصد كان عفوا.

وعِند الشافعي(٧) ﷺ: اليمِين الشّرعية[٨] نوعان: ما ينعقِد لإيجاب البر علىٰ خبر يحتمل[٩] الصّدق، وما ينعقِد لإيجاب الكفّارة علىٰ خبرٍ لا يحتمل الصدق عرفت شرعًا لا لغةً ولم يلغ لما أوجب الكفارة حُكمًا شرعيا، واللّغو اسم لما[١٠] هدر أصلًا فلم يُوجِب حُكمًا شرعيًا بوجهٍ.

❊ ❊ ❊

---

[١] «ن»، «ص» (تحمل).

[٢] «ن»، «ص» (منه).

[٣] «ن»، «ص» (فليس).

[٤] «ن»، «ص» (لكنه).

[٥] «ن»، «ص» (خال).

[٦] «ن»، «ص» (الاثم).

(٧) انظر: «الأم» (٦٤/٧)، «الحاوي الكبير» (٢٦٩/١٥ ـ ٢٧٠).

[٨] «ن»، «ص» (الشرعي).

[٩] «ن»، «ص» (حتىٰ تحمل).

[١٠] «ن»، «ص» (لما كان).

فصل الكفارة

والدليل على أنها تجب خلفًا عن البرّ الواجِب باليمِين مراعاةً لحقّ اليمِين تعظِيمًا لله تعالى: ما أجمع عليه النّاس أنّ السبب المُوجِب هو اليمِين والإِجماع على اليمِين المعقودة[١] لأمر في المستقبل بالإِجماع[٢] لا تجب إِلّا بعد الحِنث وأنه شرط الوُجُوب لا سببه ولهذا جوزت التّعجيل قبل الشّرط بعد سبب الوُجُوب وعِندكم[٣] الحِنث شرط تعلّق به الوُجُوب ليتحقّق الخبر كذبًا.

وعِندي ليفوت البرّ الذي هو الواجِب الأصلي فيظهر عِند عدمه ما شرع خلفًا عنه من الكفّارة كعدم الماء لوُجُوب التيمم وعدم المال[٤] لوُجُوب صوم الكفّارة وعدم القرء لوُجُوب الاعتداد بالأشهر وما قلته[٥] هو الصّحيح، لأنك متى قلت: علق بالحِنث ليتحقّق الخبر كذبًا فقد قلت لتبطل اليمِين وصحتها[٦] شرعًا في صدقها، فأمّا[٧] الكذب فليس بمشروعٍ بل هو كبيرة على ما مر، والمعلق بالشّرط لا يُضاف إِلى ما قبل الشّرط بل إِلى ما بقي بعده[٨] كرجلٍ حلف بالطلاق فقال لامرأته: إن دخلت الدّار[٩] فأنت طالق، فدخلت لم يضف الوقوع

---

[١] «ن»، «ص» (المعقود).

[٢] «ص»، «أ» (وبالإجماع).

[٣] «ن»، «ص» (وعندك).

[٤] «أ» (الماء)، «ن»، «ص» (وعندك).

[٥] «أ» (ما قلته أنا).

[٦] «ن»، «ص» (فصحتها).

[٧] «ن»، «ص» (وأمّا).

[٨] «ن»، «ص» (بعد الرجل).

[٩] «ن»، «ص» (البلد).

إِلىٰ اليمِين قبل الشرط ، فإنها معلقة كذلِك لا توجِب طلاقا وإِنّما تضاف إِلىٰ[١] ما بقي بعد الشرط ، وهو قوله: أنت طالق ، وهذا لا يكون يمِينًا بل يكون إيقاعا[٢] ببطلان اليمِين فكذلِك[٣] الكفّارة علىٰ ما حققت تضاف إِلىٰ الباقي[٤] بعد الشّرط وهو يمِين منحلةٌ مرتفعةٌ ؛ فلا تكون إضافة إِلىٰ اليمِين الصحيحة وعلىٰ ما قلناه تبقىٰ الإضافة إِلىٰ الصحيحة التي كانت قبل الحِنث لأنّي أوجبها بتلك اليمِين ؛ لكني أقول: لا يظهر إِلّا بعد عدم الأصل وهو البر ، وإذا وجب وجبت بالسبب الذي وجب الأصل به ليقوم مقامه ؛ فيصِير مؤديًا حكم الأصل ببدلِه ويصِير بالكفّارة[٥] كأنه برّ في يمِينِه كالتيمم من[٦] الوضوء والصوم من[٧] العتق في الكفّارات.

❊ فإن قِيل: اليمِينُ بالله تعالىٰ إذا أُضيفت إِلىٰ خبرٍ انعقدت عليه لإيجاب صدقه كما زعمت ، ثُمّ الشّرع عِند عدم الصّدق منه مع إضافةِ اليمِين إليه جعلها مُوجِبة للكفّارة في الذمة ابتِداء[٨] ؛ فصارت الذّمّة خلفًا عن الخبر الذي له صدق في محليّة الانعقاد والكفّارة خلفًا عن البرّ في كينونتِه حُكمًا له في هذا المحلّ حتّىٰ لا يلغوا حكم اليمِين المقصُودة عن وُجُوبٍ ، كما قلتم فيمن نذر أن يذبح ولده أنه يلزمه ذبح الشاة[٩] لا بدلًا عن ذبح الولد بل ابتِداء وأصلًا ، فصحّحتم

---

[١] «ن» ، «ص» (بل إلىٰ).
[٢] «ص» (إيفاء).
[٣] «ن» ، «ص» (ولذلك).
[٤] «ن» ، «ص» (مابقي).
[٥] «ص» (وتصير الكفارة).
[٦] «ن» ، «ص» (مع).
[٧] «ن» ، «ص» (مع).
[٨] «ص» (ابتداء في الذمة).
[٩] «ص» (شاة).

النذر مضافًا إِلىٰ الولد بعد حُرمة الذبح فيه بإقامة الشّاة مقامه لقبولِ حُكمه من الذّبح ابتِداءً، وإن كان المحلّ المضاف إليه غير محِلّ للذبح قربةً، فثبت أنه جائزٌ مثل هذا.

۞ قلنا: لو كان هكذا لما كانت كفّارةً كالأوّل؛ لأنّهُ حينئذٍ لا يقع خلل شرعي فيما شرع له، كما قلنا نحن في نذر ذبح الولد أنه قربةٌ، كما لو نذر ذبح شاةٍ، وكما كان مشروعًا ذبح الولد وكان تحقّق اسم الكفّارة في الخلفية عن البر الواجِب باليمِين؛ لأنّها لا تجب حينئذٍ إِلّا عِند فوته، وفي فوته ضرب معصِية.

ولأنّ الكفّارة لا تجب إِلّا بسببٍ فيه خطر، والخطر في المعقودة[١] لخوف فوت البرّ منه[٢] لا في نقل حكم الوُجُوب إِلىٰ التصدق بمال؛ لأنّ هذه حوالةٌ من الشّرع لا صنع لنا فيه فلا نأثم[٣] به بل نثاب[٤] عليه؛ ففي الحوالة تحقيق القربة[٥] فيصير حينئذ كالنذر بالصدقة، وكيف يقال بهذا[٦] والغمُوس كبيرة فيها وعيدٌ منصوصٌ عليه عظيم، والكفّارة تأتي عليه فيكون نسخًا، وبالإِجماع أنها غير منسوخة، ولأنّها متىٰ بقيت عقدًا مشروعًا لإيجاب الكفّارة لم تكن كبيرة بحالٍ بل كانت بمنزلة النذر قربةً.

فأمّا النذر بذبح الولد[٧]، فبقِي عِندي مُوجِبًا ذبح شاةٍ، وكان[٨] هذا

---

[١] «ص» (علىٰ المعقود).
[٢] «ص» (منها).
[٣] «ص» (يأثم).
[٤] «ن»، «ص» (يثاب).
[٥] «ن»، «ص» (الفدية).
[٦] «ن»، «ص» (هذا).
[٧] «ن»، «ص» (بالذبح للولد).
[٨] «ن»، «ص» (فكان).

الإِيجاب قربةً فلم[١] تصر معصِية للمحل المضاف إليه لمّا لم يعمل فيه بل في غيره قائمًا مقامه ، وإذا ثبت أنّ الكفّارات[٢] شُرعت خلفًا عن البر ليصِير كأنّه صدق في خبره ولم يفت صدقه بالحِنث لم يجِب بالغمُوس ؛ لأنّهُ بالإِجماع لا تصير في حكم صادقة بالكفّارة وكيف تصِير والمؤاخذة منصوصٌ عليها في الآخرة ، ولأنّهُ خلف عن صدقٍ وجب[٣] مراعاتُه باليمِين تعظِيمًا لله والغمُوس لم تنعقِد لإِيجاب صدقٍ فيما أخبر ؛ لأنّهُ كذب وهو ضدّ الصّدق ، فلا يُتصوّر معه اعتبار الصدق فيه ، وإذا لم يمكن اعتبار العقد لإِيجاب الأصل بوجه لم يجِب البدل الذي شرع ليقوم مقامه ؛ لأنّهُ لابد لإقامة الشيء مقام آخر من كون الآخر موجودا ثُمّ فائتًا .

ألا ترىٰ أن خارجًا من الإنسان لا أثر له في إِيجاب الوضوء بحال لم يؤثر في إِيجاب التيمم وكذلِك طلاق لا يُوجِب الاعتداد بالقرء لا يُوجِبه بالأشهر ، ونظيره نذر صوم الليل ، فإنه لا يُوجِب الفدية[٤] ، وإن كان التصدق بالمال ليلا قربة لأنّ النذر المضاف إِلىٰ الليل لا ينعقِد لإِيجاب الصوم أصلًا فلا ينعقِد لإِيجاب الفدية الّتي شُرعت بدلًا عنه ، والبيع إذا أُضيف إِلىٰ حُرٍّ فقبل قبل التسلِيم ، وأخذ به مائة من الإبل لم يؤخذ الإبل بالبيع وإن صلحت مبيعة ؛ لأنّ البيع لم ينعقِد لإِيجاب الأصل ؛ لأنّهُ شرع لملك المال والحر نفس ليس بمالٍ ؛ ولا يلزم النذر بذبح الولد فإن الأصل لا يجِب ويجِب البدل لأنّ ذبح الشاة ليس ببدل عن ذبح الولد شرعًا بل الشاة جُعلت فداءً عن الولد المضاف إليه الذبح في

[١] «ن» ، «ص» (ولم).
[٢] «ن» ، «ص» (الكفارة).
[٣] «ص» (وجبت).
[٤] «ص» (القربة).

قبول حُكم الذّبح الذي يجِب بذلك النذر أصلًا وابتِداء لا بدلًا عن واجِبٍ آخر على ما بينا في مسألة نذر ذبح الولد[١] ، ولا كذلِك[٢] هاهنا على ما مر ، ولا يلزم يمِين العبد تنعقِد لإيجاب الصّوم دُون العتق ؛ لأنّ يمِينه انعقدت لإيجاب العتق ؛ إلّا أن الوُجُوب تأخّر عنه بعُذر العجز فقام الصوم مقامه ، بدليل أنه متى عتق وأصاب مالًا قبل الفراغ من الأداء[٣] لزِمه التّكفير بالمال فتبين أن المانع لم يكن فساد السّبب بل كان هو العجز ، وكذلِك الآيسة تُطلق فيلزمها التربص[٤] بالأشهر دُون القرء والأشهر بدل لأنّ السبب انعقد لإيجاب القرء ولكن عذرت بالعدم والعجز[٥] .

ألا ترى أنها لو حاضت بعد ذلك أمرت بالاعتداد بالأقراء إذا لم تكن فرغت من الأداء بالبدل ، وهاهنا في هذه المسألة عدم وُجُوب البر ليس لعجز العبد[٦] عن الأداء بل لأنّ محِلّ العقد لم يكن قابلًا لهذا الحُكم ، كالليل في حقّ الصوم ، والحر[٧] في حقّ البيع فعدم[٨] الوُجُوب متى كان لعجز بالعبد[٩] عن الأداء لفقد شرطه شرعًا لم يدل على فساد السبب ، وعلامة هذا[١٠] أن يجِب الأصل بزوال العجز ، فأما ما لا يجِب بتغير حال العبد بحال فيكون عدمه لفساد

---

[١] «ص» (النذر بذبح الولد) .
[٢] «ص» (وكذلك) .
[٣] «ن» ، «ص» (آداء الصوم) .
[٤] «ن» ، «ص» (الاعتداد) .
[٥] «ص» (أو بالعجز) .
[٦] «ن» ، «ص» (بحكم العجز) .
[٧] «ن» ، «ص» (وكالحر) .
[٨] «ن» ، «ص» (لعدم) .
[٩] «ص» (بالعقد) .
[١٠] «ن» ، «ص» (ذلك) .

السبب في حقه، وأما الحلف علىٰ مسّ السماء ونحوها[١] فمذكور بعد هذه المسألة علىٰ الترتيب والبيان الشافي[٢]، بتوفيق الله تعالىٰ.

ولهذا المعنىٰ قُلنا نحن: إن تعجيل الكفّارة قبل الحِنث لا يجوز لأنّ الحُكم الأصلي وهو البر قائم والبدل لا يصح استعماله مع قيام الأصل كالتيمم مع الماء والعدة[٣] بالأشهر مع الأقراء. وكذلِك علىٰ أصلنا لا يجمع بين المتعة والمهر بحال لأنّ المتعة بدل عن المهر. ولا يُجمع أيضا بين الماء والصعيد بحالٍ لإكمال الطهارة لأن أحدهما بدل عن الآخر. ولا يُجمع[٤] بين الفدية والصّوم[٥] قضاءً عن فائتٍ؛ لأنّ الصوم في القضاء أصل والفدية بدل عنه؛ فتصحيح البدل مع قيام الأصل فاسدٌ كإِيجاب البدل بسبب لا يتعلق به وُجُوب الأصل.

فأمّا[٦] الجواب عن آية الكسب فإنها وردت لبيان[٧] المؤاخذة، والخِلاف فيما يؤاخذ به ولا ذكر له في هذه الآية، وآية سورة المائدة[٨] ليست بتفسير[٩] لهذه بل ليمِين أخرىٰ وحكم آخر علىٰ ما بيناه، ولأنّ مُطلق المؤاخذة حقٌّ لله تعالىٰ هو المؤاخذة بالإثم في الآخرة، لأنّها خلقت للجزاء ولمؤاخذة الله بالعدل، فأما الدنيا، فدار ابتلاءٍ قد يُؤاخذ المطيع بمحنة تطهيرا وينعم علىٰ

[١] «ص» (ونحوه).
[٢] «أ» (والشافعي) والمثبت من «ن»، «ص».
[٣] «ن»، «ص» (والاعتداد).
[٤] «ص» (ولا يجمع أيضا).
[٥] «أ» (الصعيد والفدية) والمثبت من «ن»، «ص».
[٦] «ص» (وأمّا).
[٧] «ص» (ولا يجمع أيضا).
[٨] «ص» (وسورة).
[٩] «ن»، «ص» (لإيجاب).

العاصي استدراجًا، وما عجلت في الدنيا مؤاخذات الله تعالىٰ علىٰ المعاصي إلا بأسبابٍ لنا فيها ضرب[١] ضرر ليكون زواجر عنها طلبًا لصلاحنا؛ فلا تتمحّض مؤاخذة لحقّ الله، وإنّما تتمحّض في الآخرة؛ فثبت أن المطلق من المؤاخذة منصرف إلىٰ الإثم، والإثم يتعلق بقصد القلب فإن الله تعالىٰ رفع عنا الخطأ في حقه فتبين أن هذه الآية شرعت لبيان الإثم وإنه يتعلق بمعصِية عن قصده[٢] والخطأ لغو في حقه غير معتبر شرعا.

ولأنّ المذهب عِندنا: أن المطلق لا يحمل علىٰ المقيّد بيانًا أو تفسيرًا بل يكون نسخًا.

ولأنا متىٰ حملنا هذه الآية علىٰ آية العقد كان الآخر[٣] تكرارا، وكلام الشّرع يحمل علىٰ الابتِداء ما أمكن، وذلك في أن يجعل آية العقد محمولة علىٰ العقد باللسان دُون القلب لبيان المؤاخذة بالكفّارة، وآية الكسب علىٰ القلب لبيان[٤] المؤاخذة بالإثم من غير نسخ ولا تخصيص ولا تكرار. ودليلُ أن آية العقد علىٰ اللسان مر[٥] من قبل في حججنا[٦].

فأما الجواب[٧] عن قوله: أضيفت الكفّارة إِلىٰ اليمِين نفسها، فإنا نقول: إن الإضافة إِلىٰ اليمِين نفسها وهي السبب والحِنث حال الوُجُوب ليكون وُجُوب

---

[١] «ن»، «ص» (ضروب).

[٢] «ن»، «ص» (قصد).

[٣] في «أ»: (الآخرة).

[٤] «ص» (ليكون).

[٥] «ص»، «أ» (ما مر).

[٦] «ص» (حجتنا).

[٧] «ص» (والجواب).

الحلف، وهو[1] الكفّارة حال عدم الأصل، على ما مر.

على أنّا نقول: إن الحِنث مضمر[2] في الآية فإن المعقودة لأمر في المستقبل إذا كانت مقصُودة فداخلة تحت هذه الآية ولا تجب الكفّارة[3] إلّا بعد الحِنث إلّا أن الله تعالى اختصر الكلام لما كان في النص ما دل عليه كقوله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ﴾ [البقرة ١٩٦] أي فحلق ففدية ولم يذكرها لأنّ الفدية لما شرعت كفّارة وهي لا تجب إلّا بسبب محظورٌ عُلم أن المرض نفسه ليس بسبب، بل الحلق الّذي هو محظور إحرامِه، فكذلِك[4] هذا في اليمين فاليمِين نفسها لعينها[5] ليست بمحظورةٍ، والحظر فيها لخطر[6] فوت البر فلا يجِب مع قيام البر حقِيقة، وهو أصل لنفي ما يضاده بل يتأخر إلى حين عدمه وذلك بالحنث.

والجواب عن التشبيه بالنذر: فما مر أن الشّرط فائت في الغمُوس وكذلِك الجزاء فائتٌ، وهو إطعامٌ شُرِع خلفًا عن برّ اليمِين الواجِب بِها، والله أعلم.

***

[1] «ص» (وهي).

[2] «ص» (مضمن).

[3] «ص»، «أ» (الكفارة بها).

[4] «ن»، «ص» (وكذلك).

[5] «ص» (بعينها).

[6] «ص» (لخوف).

فَصْــلٌ

وإذا ثبت هذا ثبت أن اللّغو في حقّ الكفّارة هو اليمِين الكاذبة من الأصل عن[١] قصد كان[٢] أو غير قصد.

وكذلِك حقِيقة اللّغو يدل علىٰ هذا فإن اللّغو في اللغة عِبارة عن كلام غير مفيد حتّىٰ يصِير زِيادة وحشوا من الكلام في الحكمة قال الله تعالىٰ: ﴿وَإِذَا سَمِعُواْ ٱللَّغْوَ أَعْرَضُواْ عَنْهُ﴾ [القصص: ٥٥] يعني الفحش وما لا فائدة فيه لا الكلام من غير قصد، فإن الكفرة كانوا يقصدونهم بذلك الكلام وقال: ﴿وَقَالَ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ لَا تَسْمَعُواْ لِهَٰذَا ٱلْقُرْءَانِ وَٱلْغَوْاْ فِيهِ﴾ [فصلت: ٢٦]. أي اقصدوه بالكلام الفاحش والهذيان ردا واستهزاء، ولأنّ الذي سبق[٣] علىٰ اللسان من غير قصد هو الخطأ أو السّهو يقال أخطأ إذا كان غير ما قصد وهو الخطأ المرفوع عنّا شرعًا ولا يقال لمثله الغي، فإنه اسم لما يذم شرعًا، والأوّل اسم لما عفي عنه شرعًا، وإنّما سمي الخطأ لغوا مجازًا لوقوعه عفوًا في حقّ الله تعالىٰ وهو يمِين اللّغو في حقّ المؤاخذة في الآخرة وضدّه[٤] المقصودة، فصار اللّغو الذي لا مؤاخذة فيه أصلًا أن يحلف علىٰ شيء[٥] في الماضي يرىٰ[٦] أنه صادق وليس كما قال، أو يريد أن يتكلم بكلام فيسبق لسانه يمِين بلا قصد، وحقِيقة الكلام فيه مذكورة[٧] في

[١] «ص» (علىٰ).

[٢] «ص» (كانت).

[٣] «ص» (يسبق).

[٤] «ص» (وضدها).

[٥] «ص» (الشيء).

[٦] «ص» (يظن).

[٧] «ن»، «ص» (مذكور).

طلاق المكره وبيعه ويمينه، فإن المكره قصده ساقط حكمًا فصار كالمخطئ[١].

وأمّا حديث النبي ﷺ فالمراد به الإثم على ما بينا[٢] في غير موضع، وأصله في الإكراه في طلاق المكره والمخطئ، فإنه صحيح عندنا فاسد عنده(٣).

فأما[٤] حديث عائشة؛ فقد روى محمد بن الحسن في الأصل عنها[٥] حجّة لقوله في تفسير[٦] يمين اللّغو. وأما روايتهم فلا ترد هذا لأنّ عادة العرب في إي والله، وبلى والله إنّما جرت فيما يخبرون عن ماض[٧] أو يسمعون، أو[٨] إذا قيل لهم: لتفعلون[٩] كذا فيقولون[١٠]: إي والله على سبيل الجواب، وهذا كله عندنا لغو لا ينعقد حتّى يقال: إي والله لأفعلن.

وأما اللّغو في آية الكسب فضدّ القصد لأنّ تلك الآية شرعت[١١] لبيان المؤاخذة في الآخرة، وبالخطأ[١٢] ينعدم ذلك الحكم، فيصير اليمين[١٣] لغوًا

---

[١] «ن»، «ص» زيادة: (وأصله في الإكراه في طلاق المخطئ والمكره فإنه صحيح عندنا فاسد عنده).

[٢] «ن»، «ص» (ما بيّناه).

(٣) انظر: «الأم للشافعي» (٨/٢٩٧)، «الحاوي الكبير» (١٠/٢٣١).

[٤] «ص» (وأمّا).

[٥] «ن»، «ص» (عن عائشة).

[٦] في «أ»: (نفس)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٧] «ن»، «ص» (عما مرّ).

[٨] «ن»، «ص» (و).

[٩] «ن»، «ص» (ليفعلن).

[١٠] «ن»، «ص» (قالوا).

[١١] «ن»، «ص» (سيقت).

[١٢] «ن»، «ص» (وفي الخطأ).

[١٣] «ص» (فيصير الحكم في اليمين).

حيث ما ثبت في[١] حكمه، والله أعلم.

|٨٢٨| مسألةٌ: إذا قال: والله لأشربن الماء[٢] الذي هو في هذا الكوز، ولا ماء هناك: لا[٣] ينعقِد اليمِين عِند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وكانت لغوًا.

وقال أبو يوسف: يلزمه الكفّارة؛ لأنّه خبر في المستقبل فيكون محلًا لليمِين كقوله: والله لأمسن السماء أو لأحولن الحجر[٤] ذهبًا، وهذا لأنّ الخبر في المستقبل إنّما يصِير كذبًا بفوات المخبر عنه في المستقبل لا للحال لأنّ صيغة الكلام لم تتناول الحال حقِيقة.

ألا ترىٰ أن صدقه بوجوده في المستقبل فكذلِك كذبه؛ لأنّه إنّما يصِير كذبًا بفوات[٥] ما فيه الصدق، فإذا[٦] لم يكن صفة الكذب ثابتةً للخبر حال الحلف انعقد ولما فات باليأس بعد اليمِين انقلبت كاذبة كما في مسألة مس السماء، بخِلاف الخبر عن الماضي لأنّ صدقه فيما مضىٰ فكذلِك[٧] كذبه بفوته فيما مضىٰ، وذلك[٨] الوصف قائم عِند الحلف فلم ينعقِد كاذبا لما ذكرنا أن اليمِين إنّما تنعقد لتحقيق الصدق من الخبر؛ فلا بد[٩] للخبر من احتمال الصّدق

---

[١] «ن»، «ص» (باين).

[٢] «ن»، «ص» (هذا الماء).

[٣] «ن»، «ص» (لم).

[٤] «ص» (هذا الحجر).

[٥] «ص» (لفوات).

[٦] «ن»، «ص» (وإذا).

[٧] «ص» (وكذلك).

[٨] «ص» (وكذلك).

[٩] «ص» (ولابد).

لينعقد[١] اليمِين لتحقيقه.

وأمّا أبو حنيفة ومحمد فإنهما يقولان: إن قوله لا أشربن هذا الماء ولا ماء كذب بنفسِه لأنّه أخبر عن الشرب، والشرب لا يتصوّر شربًا إلّا بمحله؛ فإذا أضيف إلىٰ غير محِلّه لم يكن شربًا كالبيع يضاف إلىٰ غير محِلّه[٢]، والطلاق يضاف إلىٰ البهِيمة واليمِين تضاف إلىٰ الكذب، وإذا لم يصر قوله: لأشربن عِبارة عن الشرب حقِيقة كان كذبًا، كما إذا قال: شربت الماء أمسِ ولم يكن شربه لأنّه لا يكون صدقًا إلّا بمخبر عنه، فإذا[٣] عدم المخبر عنه صار كذبًا.

فأمّا إذا قال: لأمسّنّ السماء فالخبر صحيح؛ لأنّ السماء غير ممسوسة قال الله تعالىٰ: ﴿وَأَنَّا لَمَسْنَا ٱلسَّمَآءَ﴾ [الجن: ٨] فقد أضاف المس إلىٰ محِلّه فصحّ[٤] الخبر عنه، ولكنه أيس عن فعله علىٰ ما عليه العادة الجارِية[٥] والأحكام مبنية عليها؛ فحنث[٦] باليأس كما في سائِر الأفعال إذا أيس عنها عِند الموت حنث فيها، ولم يمنع اليأس[٧] انعقاد اليمِين؛ لأنّ اليأس عن فعل البر يوجِب الحِنث، وفعل البر مبين[٨] بعد اليمِين لا معها علىٰ ما قاله أبو يوسف فالحِنث يقع بيأس[٩] عن ذلك الفِعل الذي يكون بعده لا باليأس عن فعل قارن العقد، وإذا كان الدافع

[١] «ص» (فينعقد).
[٢] «ص» زيادة (لم يكن بيعا).
[٣] «ص» (وإذا).
[٤] «ص» (فصلح).
[٥] «ص» (علىٰ ما أجري تعالىٰ العادة به).
[٦] في «أ»: (فيحنث)، والمثبت من «ن»، «ص».
[٧] «ن» (الناس).
[٨] في «أ»: (مسٌّ).
[٩] «ص» (باليأس).

طارئًا لم يمنع العقد كالعبد يباع ثمّ يملِك[١] أو يستحق، وأما[٢] هاهنا فالخبر عن الشرب فاسد، وكذلِك الحجر محل قابل للتحويل ذهبًا؛ فإن الله تعالىٰ لو حوله تحوّل ولكن العبد عاجز عنه؛ فأما المعدوم فلا يتصوّر شربه، ولا يكون محلًا لفعل بحال.

فأبو يوسف[٣] نظر إلىٰ صيغة الخبر فوجِد صدقه في المستقبل؛ فلذلك أثبت له الكذب فلم يثبت مقاربًا[٤] وهما نظرا إلىٰ محِلّ الخبر فأفسدا الخبر أصلًا لعدم محلّه[٥] ولم[٦] يعقداه عدّه محتملة للصّدق وإذا لم يثبت له من الأصل احتمال الصّدق لعدم المحلّ صار كالكذب فيما مضىٰ، والله أعلم.

وعلىٰ هذا الاختلاف إذا حلف: لأقتلنّ هذا الميّت؛ لأنّ الميت لا يقبل القتل، ولا يكون محلًا له.

وأما إذا قال: والله لأقتلنّ فلانًا وهو يظن أنّه حي؛ فكذلِك الجواب علىٰ هذا الاختلاف[٧]؛ لأنّه إذا ظنّه حيًّا فقد أخبر عن قتلِه بناءً علىٰ تلك الحياة، وأنه ليس بمحل له بناءً عليه وإنّما يصِير محلًا لحياة تتوهّم في قدرة الله تعالىٰ، وتكون غير تلك الحياة كما يتوهّم في القدرة خلق الماء لبشرية مكانه ولكن يكون غير ما بنىٰ عليه خبره وأشار إليه، وأمّا إذا علم بموته انعقدت اليمِين لأنّه يسمىٰ فلانًا،

---

[١] في «أ»: (يهلك).

[٢] «ن»، «ص» (فأمّا).

[٣] «ص» (فأمّا أبو يوسف).

[٤] «ص»، «أ» (مقارنا).

[٥] «ص» (محله عنده).

[٦] «ن»، «ص» (فلا).

[٧] «ص» (فالجواب كذلك علىٰ الاختلاف).

وفلان يجوز أن يحيىٰ فيكون فلانًا بعينه؛ لأنّ المسمّىٰ لا يختلف باختلافِ الوصف فيقتله فلما علمه[١] ميتًا فلم يبنِ خبره علىٰ الحياة الأولىٰ، وإنّما بناه علىٰ ما سمّاه من الإسم، والإسم لا يتبدّل بتبدّل الوصف، فكان المسمىٰ محلًا علىٰ اعتبار قبول تبدّل الوصف فيه، فانعقدت اليمين لكنّه حنث لعجزه عن القتل[٢] بناءً علىٰ العادة، فصار كأنه كان حيًّا، فمات، فأمّا إذا قال هذا الميت فما[٣] عقد يمينه إلّا علىٰ[٤] الوصف الّذىٰ به تميّزه[٥] عن غيره؛ فكان[٦] هو المعتبر ومعه لا يكون محلًا؛ فإنّ الله تعالىٰ متىٰ أحياه لم يكن ميتًا، فصار مآل المسألة وسرّها إلىٰ أن المحلّ متىٰ قبل[٧] صدق ما أخبر كان قابلًا بنفسه، وإنّما يفوت الفعل بسبب آخر، وهو عجزه وإذا لم يكن قابلًا كان فعل البر فائتًا من الأصل، والله أعلم.

|٨٢٩| **مسألةٌ**: فإذا حلف[٨] وقال: والله لأشربن هذا الماء اليوم فأهريق[٩] الماء لبعض اليوم[١٠] ثمّ مضىٰ اليوم لم يلزمه شيء عِندهما.

---

[١] «ص» (علم).

[٢] «ن»، «ص» (الفعل).

[٣] «ن»، «ص» (فإنما).

[٤] «ن»، «ص» (بهذا).

[٥] في «أ»: (تمييزه).

[٦] «ن»، «ص» (وكان).

[٧] «ن»، «ص» (احتمل).

[٨] «ن»، «ص» (وأما إذا).

[٩] «ن»، «ص» (فأراق).

[١٠] «ص» (قبل مضي اليوم).

وقال أبو يوسف ﷺ: تلزمه الكفّارة لأنّ عدم الماء من الابتِداء لا[١] يمنع الانعقاد عِند أبي يوسف وإنّما يوجِب الحِنث بحكم اليأس عن فعله بعد اليمِين فكذلِك[٢] العدم لا يمنع البقاء[٣] ولا يجِب الحِنث بحكم اليأس مع الأجل[٤] كما لو قال[٥]: والله لأمسن السماء اليوم لم يلزمه شيء حتّىٰ يمضي اليوم، ولكن إذا مضىٰ الأجل حنث وكذلِك هاهنا.

وعِندهما عدم الماء يمنع الانعقاد ويجعل الخبر كذبا من الأصل كأنّه أخبر عن الماضي كذبا بفوات[٦] محل ما فيه البر فكذلِك إذا عدمه[٧] في الانتهاء بجعله كذبا واليمِين لا يبقىٰ مع تحقق الخبر كذبا كما لا يبقىٰ بعد الحِنث وإذا كان كذلِك أشبه موت الحالف مع قيام الماء فإن موته يرفع اليمِين لانعدام فعل البر بموته.

وأجمعنا علىٰ أنّه إذا مات في المدّة لم تلزمه الكفّارة بعد المدّة فكذلِك[٨] هذا، وهذا لأنّ الوجوب بالإجماع بترك الشّرب في آخر المدة مع قيام اليمِين؛ فإنّ التّرك بلا يمِين لا يكون سببًا للحنث؛ فلا يلزمه شيء بلا يمِين كما لا يلزمه مع اليمِين بلا حنث.

---

[١] «ص» (لم).

[٢] «ص» (وكذلك).

[٣] «ن»، «ص» (البقاء).

[٤] «ص» (الأصل).

[٥] «ص» (كمن قال).

[٦] «ن» (لفوات).

[٧] «ن»، «ص» (عدمها).

[٨] «ن»، «ص» (فكذا).

ولا يجوز أن يلزمه بالفوت في بعض المدّة؛ لأنّ شرط الحِنث ترك ذلك الفِعل في جميع المدّة فبعضه لا يكون شرطًا للحنث فصار تصوّر الفِعل في نفسِه شرطًا لصحة اليمِين عِندهما في العادات.

وعِند أبي يوسف ﷺ: التّصوّر ليس بشرط، وذهب إلىٰ أن[١] الخبر في المستقبل لا يوصف بالكذب[٢] إلّا بعد الفراغ عنه بمعنىٰ طارئ، وعِند الشافعي ﷺ الصّدق ليس بشرط لصحّة اليمِين موجِبة كفّارة[٣] إنّما الشرط هو الكذب[٤]، والله أعلم بالصواب.

|٨٣٠| **مسألةٌ**: قال علماؤنا ﷺ: لا يجوز تعجيل الكفّارة قبل الحِنث.

وقال الشافعي(٥) ﷺ: يجوز بالمال لقوله تعالىٰ: ﴿فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطۡعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ﴾ [المائدة: ٨٩]، وإنّما يراد بمثله الأمر[٦] ولما توجّه الخطاب عقِيب اليمِين جاز الأداء ضرورة، وقال النبي ﷺ: «من حلف علىٰ يمِين فرأىٰ غيرها خيرًا منها فليكفر عن يمِينه وليأت الذي[٧] هو خير»(٨) وروي: «ثم ليأت الذي هو خير»(٩)

[١] «ن»، «ص» (لأن).
[٢] «أ» (بكذلك)، والمثبت من «ن»، «ص».
[٣] «ن»، «ص» (للكفار).
[٤] «ص» (الخبر).
(٥) انظر: «الأمّ» (٦٦/٧)، «مختصر المزني» (٣٩٨/٨)، «الحاوي الكبير» (٢٩١/١٥).
[٦] «ص» (للأمر).
[٧] في «أ»: (بالذي).
(٨) رواه مسلم برقم (١٦٥٠).
(٩) رواه الطبراني (٣٠٧/٢٣) برقم (٦٩٤) بلفظ: «من حلف علىٰ يمين فرأىٰ خيرا منها فليكفر عن يمينه، ثم ليفعل الذي هو خير».

شرع الكفّارة قبل الحِنث.

وما روي بخِلاف هذا: «فليأت الذي هو خير ثمّ ليكفر يمينه»(١)، لا يلزمنا لأنا نحمل هذه الرواية على الوجوب، والأولى على الجواز.

وأما المعنى: فما ذكرنا أن الكفّارة عِند الحِنث تجب باليمين السّابقة، فالمالية[٢] منها يجوز تعجيلها بعد سببها قِياسًا على تعجيل الزكاة بعد النصاب قبل الحول، وأما البدنِي فلا يجوز تعجيلها قِياسًا على تعجيل الصوم قبل[٣] الشهر؛ ولأنّ الكفّارة قربة مالية مضافة إلى معنى فيجوز[٤] الأداء بعد ذلك المعنى كزكاة المال لما أضيفت إلى المال جاز[٥] بعد المال الذي يضاف إليه، وهذه تضاف إلى اليمين فيجوز الأداء بعد اليمين، وكذلك من جرح آخر خطأً فعجّل الكفّارة بالمال قبل الموت جاز[٦] لأنّه عِند الموت يضاف[٧] إلى القتل، وذلك في جرحه ابتِداء وبه يصِير قاتلًا.

ولأنّ تقدير الكفّارة كأنه يقول: إن حنثت فعليّ إطعام عشرة مساكين ولو صرح بهذا النذر كذلِك كان الخِلاف ثابتًا فإنه يجوز التعجيل عِندنا ولا يجوز عِندكم، ولا إشكال أن الإطعام يجِب بالنذر لا بالحِنث.

وأمّا إذا قال: إن فعلت كذا فعليّ صيام لم يجز التعجيل بالإجماع[٨] لأنّه

---

(١) رواه البخاري برقم (٦٦٢٢)، ومسلم برقم (١٦٥٠) بألفاظ متقاربة.
[٢] «ص» (والمالية).
[٣] «ن» (على).
[٤] «ن»، «ص» (يجوز).
[٥] «ن»، «ص» (جازت).
[٦] «ن»، «ص» (يجوز).
[٧] «ن»، «ص» (يضاف عند الموت).
[٨] «ص» (بالإجماع التعجيل).

بدني فلا يجوز التعجيل قبل شرطه[١] فكذلِك[٢] كفّارة اليمِين بالصوم، ولهذا قلنا: من جرح إنسانًا خطأ فكفر[٣] بالصوم قبل الموت لم يجز لأنّه بدني وكذلِك المتمتع إذا صام لمتعته ثلاثة[٤] أيام بعد العمرة قبل إحرام الحجّة لا يجوز عِندي لأنّ الوجوب متعلق بإحرام الحج بالإجماع فلا يجوز التعجيل قبله.

وكذلِك إذا صام السبعة الأيام بعد الرجوع من المناسك قبل الوصول إلىٰ البيت لم يجز عِنده[٥]، لأنّ الوجوب متعلق بالوصول إلىٰ البيت.

وكذلِك إذا نذر أن يصوم يوم الخميس فعجل لم يجز عِندي لأنّ الوجوب معلق[٦] بيوم الخميس ويخرج علىٰ هذا الأصل أن لا يصح[٧] تعليق الطلاق بالنكاح[٨] لأن المعلق[٩] عِندي سبب لحكمه للحال وسبب الطلاق لا ينعقِد قبل النكاح بلا خِلاف.

ولعلمائنا[١٠]: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من حلف علىٰ يمِين فرأىٰ غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير ثمّ ليكفر عن يمِينه»(١١) رتّب والترتيب علىٰ

[١] «ص» (الشرط).
[٢] «ص» (وكذلك).
[٣] «ص» (وكفر).
[٤] «ص» (ثلاث).
[٥] «أ»، «ص» (عندي)، والمثبت من «ن».
[٦] «ن»، «ص» (متعلق).
[٧] «ص» (لا يجوز).
[٨] «ن»، «ص» (بالنكاح عندي).
[٩] «ن»، «ص» (المتعلق).
[١٠] «ص» (ولنا).
(١١) سبق تخريجه.

الوجوب في الشّرع ، ثمّ الرواية الأخرىٰ ليست بمشهورة فلا تعارض هذه .

ألا ترىٰ أن ظاهره للوجوب ولا يجِب إلّا هكذا ولأنّ النبي ﷺ علّق التكفير بأمرين[١] بالحلف وبأن يكون الخبر في الحِنث ، وجواز التعجيل لا يتعلق في الخبر في الحِنث علىٰ أصله ، والمعاني[٢] التي ذكرها لا تفرق بين الأمرين وإنّما يتعلق بالخبر ما ذهبنا إليه فإن البر هو المأمور به .

ألا ترىٰ أنّ الخبر في الحِنث فيلزمه الحِنث فثبت أن المراد بتلك الرواية تجويز[٣] الحِنث بشرط الكفّارة إذا رأىٰ الخبر في الحِنث لا بيان[٤] الترتيب ، وكلمة ثمّ قد تجيء لا للترتيب مجازًا قال الله تعالىٰ: ﴿ثُمَّ دَنَا فَتَدَلَّىٰ﴾[٥] [النجم: ٨] ، وقال[٦]: ﴿ثُمَّ كَانَ مِنَ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ﴾ [البلد: ١٧] ، ولأنّه أمر بالتكفير مطلقا ، ومطلق التكفير لا يجوز قبل الحِنث عنده وإنّما يجوز بالمال دون البدن ، ولا يجوز[٧] الحمل علىٰ الخصوص في البعض ؛ لأنّ ما يكفر به من الأنواع غير مذكورة بل المذكور هو الفِعل والمفعول ثبت[٨] مقضي[٩] به ؛ فلا يصحّ تخصيص المقتضىٰ ، علىٰ ما عرف من أصولنا . فمن[١٠] قال لامرأته: أنت طالق ونوىٰ ثلاثا

---

[١] «ن» (علق الأمرين) ، «ص» (علق بالأمرين) .

[٢] «ن» (والمعنىٰ) .

[٣] «ص» (يجوز) .

[٤] «ن» ، «ص» (لإثبات) .

[٥] «ص» (فلك رقبة) .

[٦] «ص» (إلىٰ أن قال) .

[٧] «ن» ، «ص» (فلا يجوز) .

[٨] «ن» ، «ص» (يثبت) .

[٩] في «أ»: (مقتضىٰ) .

[١٠] «ص» (فيمن) .

أنه لا يصح ؛ لأنّ ثلاثا صفة لمصدر[١] ، والمصدر غير ملفوظ به ، بل هو مقتضىٰ فلم تصح النية فيه بزِيادة كما لا تصح بنقصان نحو أن يحلف لا يأكل ونوىٰ مأكولا دون مأكول ؛ فإنّه لا يصحّ لأنّ المأكول مقتضىٰ لفظه علم فلم[٢] يحتمل التخصيص.

وأما الكلام من طريق المعنىٰ أنّا وإن سلمنا أن الكفّارة تجب عِند الحِنث ابتِداء لا خلفا عن البر فلا يصح التعجيل قبل الشرط.

وكذلِك إذا قال: إن دخلت الدّار فعلي إطعام فعجل لم يجز ؛ فالوجه[٣] فيه أنّ الإِيجاب متىٰ علق بشرط لم يكن للحال سببا للوجوب لكنه يعرض أن يصِير سببا كبعض العِلّة فلا يجوز التعجيل قبل السبب[٤] وبيانه في مسألة تعليق الطلاق بالنكاح[٥] ، ونذكر طرفا[٦] ها هنا[٧] وهو أنّ النذر إِنّما يعمل إذا حلّ بالذمة ، وتعليق الإِيجاب بالشرط يمنع الوصول إِلىٰ الذمة ؛ لأنّه نفي[٨] مع شرطه ، فلا ينعقد سببا للإِيجاب قبل الوصول إِلىٰ محِلّه كما إذا أضيف إِلىٰ البهِيمة وما لا ذمة له ؛ إلا أنه يعرض أن يصل بوجود الشرط فكان بعرض أن يصِير سببا.

ووجه آخر: أنّ سبب الشيء هو الطريق إليه هذا أدنىٰ الحد فيه ، واليمِين

---

[١] «ن» ، «ص» (للمصدر).

[٢] «ص» (فلا).

[٣] «ص» (والوجه).

[٤] «ن» (للسبب).

[٥] «ن» (والنكاح).

[٦] في «أ»: (طرقا).

[٧] «ص» (منها).

[٨] «ن» ، «ص» (بقيٰ).

ليست بطريق إلى الكفّارة لأنّها توجب البر وتحرم الحِنث وعدم الحِنث يعدم الكفّارة فصارت اليمين للحال مانعة عن الوجوب فلم يكن للحال سببا ولأنّ سبب الحكم ما يتقرّر[١] عِند حكمه الأصلي كالمال عِند وجوب الزكاة والقتل في حق الكفّارة ولا إشكال فيه لأنّ الحكم لا يثبت ابتِداء إلّا بعد تقرير العِلّة واليمين المعقودة تنقطع عِند الحِنث ولا تبقى لأنّها عقدت لفعل في مدة معلومة[٢] فلا تبقى بدونه[٣] ولأنّ[٤] تفسيره أن يقول: والله لأصومن هذا الشهر فانعقد[٥] لصوم المدة فلا تبقى بدونه[٦] كما إذا أجر نفسه شهرا لفعل فإنه لا يبقى متى فات فعله ذلك في المدة.

وكذلِك قوله[٧]: إن دخلت الدّار فعلي صوم هذه يمين بالصوم للحال، وبعد الدخول بقي[٨] إيجابًا للصوم[٩] لا يمينًا والإيجاب غير اليمين.

وإنّما سلمنا نحن اليمين سبباً فيما مضى لإيجاب الكفّارة خلفا عن البر لا أصلًا والخلف يجوز أن يبقى بعد انقطاع العِلّة لأنّ العِلّة محِلّ[١٠] لإيجاب الأصل لا للبقاء والحلف يخلفه في البقاء.

---

[١] «ن»، «ص» (ما تقرر).

[٢] «ن»، «ص» (المدة المعلومة).

[٣] «ن»، «ص» (بدونها).

[٤] «ن»، «ص» (لأنّ).

[٥] «ص» (فانعقدت).

[٦] «ص» (بدون المدة).

[٧] «ن»، «ص» (وكقوله).

[٨] «ن» (ويبقى). «أ»: (تبقى).

[٩] «ن»، «ص» (وببقاء إيجاب الصوم).

[١٠] «أ»، «ن» (علة) والمثبت من «ص».

ألا ترىٰ أنّ ملك اليمين تبعاً لا يجب ابتداء بغير تبع ويبقىٰ بعد انقطاع البيع تبعًا بهلاك المبيع أو بتعدّي[١] إنسان آخر وكذلِك المهر يبقىٰ بعد انقطاع النكاح بالطلاق.

ويدلّ عليه: أن تعجيل الصوم لا يجوز قبل الحِنث فكذلِك[٢] العتق؛ لأنّه نوع تكفير، ولا فرق بين البدني والمالي؛ لأنّ الواجِب في الجملة يجوز أداؤه بعد السبب الموجِب ولا يجوز قبله لأنّ الأداء لا يتصوّر إلّا بعد سببه.

ألا ترىٰ أنّ المسافر إذا عجل الصوم في سفره أجزأه، وإن تعلق الوجوب بالإقامة بالإِجماع وهو بدني؛ لأنّ السبب هو السفر[٣] والأمر متعلق به.

|٨٣١| مسألةٌ: ولا يلزم تعجيل الزكاة؛ لأنّ السبب هو النصاب وما علق بشرط بل أجل إلىٰ الحول، قال[٤] النبي ﷺ: «لا زكاة في مال حتّىٰ يحول عليه الحول»(٥)، ولم يقل: إذا حال الحول؛ فعليكم الزكاة، وحتىٰ كلمة تأجيل، وهذا لأنّ الأجل لا يتعرض للعِلّة؛ فلا يعدمها بل يتعرض لحكمها؛ فيؤخره فتبقىٰ العِلّة في محلّها فتبقىٰ سببًا.

ألا ترىٰ أن البائع إذا[٦] قال: إذا جاء غد[٧] فقد بعتُ[٨] هذا العبد منك

---

[١] «ن»، «ص» (بيعه من).

[٢] «ن»، «ص» (وكذلك).

[٣] «ن»، «أ» (الشهر).

[٤] «ص» (وقال).

(٥) رواه ابن ماجه (١٧٩٢)، والبيهقي (٤/٩٥)، والدارقطني في سننه (٢/٤٧٠)، وهو حسن. انظر: التلخيص الحبير (٢/١٥٦)، نصب الراية (٢/٣٢٨).

[٦] «ص» (أنّه إذا).

[٧] «أ» (غدا) والمثبت من «ن»، «ص».

[٨] «ص» (بعتك).

بألف درهم: لم يصحّ لانعدام البيع للحال[١] وتعلق وجوده بالخطر، ولو باع بألفٍ إلىٰ شهرٍ جاز، وتأخر حكمُه في الثمن[٢] إلىٰ الشّهر.

وكذلِك البيع بشرط الخيار ثلاثة أيام؛ لأنّ الشّرط تعرَض للحكم فأخره ولم يتعرض للعِلّة فوجدت حاله.

وكذلِك لا يجوز تعجيل الصوم قبل الشهر؛ لأنّ الله تعالىٰ علّق الأمر بالشهر، ويجوز للمسافر تعجيل الصوم في السفر؛ لأنّ الله تعالىٰ أجل فقال: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهۡرَ فَلۡيَصُمۡهُ﴾ [البقرة: ١٨٥] ثم قال[٣]: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوۡ عَلَىٰ سَفَرٖ فَعِدَّةٞ مِّنۡ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤]. ولهذا جوزنا تعجيل كفّارة القتل بالصّوم بعد الجرح قبل الموت كما جوزنا بالمال لأنّ السبب هو الجرح فالحُكم متأخر إلىٰ الموت لا أن يكون[٤] نفس الجرح متعلقًا بالموت، وكذلِك تعجيل صوم المتعة علىٰ[٥] إحرام الحج؛ لأنّهُ متأجّل؛ لأنّ العِلّة في قوله: ﴿فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلۡعُمۡرَةِ﴾ [البقرة: ١٩٦]، وقوله: ﴿إِلَى ٱلۡحَجِّ﴾، تأجيل، ولا يجوز تعجيل صوم السبعة لأنّهُ معلق[٦] بقوله: ﴿إِذَا رَجَعۡتُمۡ﴾، وإذا وجد الشرط مع التمتع جاز[٧] وإن لم يصل إلىٰ البيت؛ لأنّهُ أجل بمعنى[٨] إذا رجعتم إلىٰ

[١] «ص» (في الحال).

[٢] «ن» (اليمين).

[٣] «ن» (وقال).

[٤] «ص» (وفيكون).

[٥] «ن»، «ص» (عن).

[٦] «ن»، «ص» (متعلق).

[٧] «ن»، «ص» (صار).

[٨] في «أ»: (يعني).

أوطانكم فهو كالمال الباقي إلىٰ سنة فليس للخصم فقه في الفرق[١] بين المالي والبدني[٢] دلّ علىٰ الجمع بينهما أن[٣] البدني والمالي كليهما يتأدىٰ بفعل من العبد وبه نطق الكتاب تحرير وإطعام، وإنّما يختلف محِل الفِعل، والواجِب هو الفعل في البابين[٤] فكان شيئًا واحِدا كالإجارة ترد علىٰ المنفعة سواء كانت صناعةً[٥] لا تُتصوّر إلّا بمالٍ عين هو غيره أو حفظا يكون بالبدن، ولا يختلف بهما حكم الإجارة، ولا تصِير الصناعة[٦] تبعا للصنع[٧] فيكون أحدهما عينًا والآخر منفعة.

ووجه آخر من طريق الحُكم ما ذكرنا، وهو: أنّ الكفّارة إنما تجب[٨] خلفًا عن البر فلا يتأدّىٰ مع قيام الأصل كالتيمم مع الوضوء، والصوم مع وجود ما يعتقه، ولهذا[٩] لا تجِب المتعة مع المهر عندنا لأنّ المهر أصل والمتعة بدل عنه علىٰ ما بينا وكذلِك لا تجب الفدية عن الصوم مع قضائِه بالصّوم، لأنّ الفدية بدل عن الصوم، وأما معناه فقد مر الجواب عنه، ويبطل الإطعام في كفّارة الظهار مع وجود ما يعتق؛ فإنه لا يجوز وأنه قربة مالية أداها بعد وجود سبب الوجوب لأنّهُ شرع خلفًا عن العتق والصّوم؛ فلا يجوز حال القُدرة علىٰ الأصل، فكذلِك هذا

[١] في «أ»: (يمين).
[٢] «ن» (البدني والمالي).
[٣] «ن»، «ص» (إلىٰ).
[٤] «ن»، «ص» (الواجِب في الدارين).
[٥] «ن» (صباغة).
[٦] «ن» (الصباغة).
[٧] «ن» (للصنع).
[٨] «ن»، «ص» (لا تجب إلّا).
[٩] «ن» (ولهذا عندنا).

عِندنا، والله أعلم.

فأمّا الجواب عن الآية: فإنّ الحِنث مضمر؛ لأنّ الآية للإيجاب ولا وُجُوب قبل الحِنث علىٰ ما مر.

ولأنّ الظاهر من قول[١] الشافعي ﵀ أنّ التعجيل باطل إذا كان قبل الحِنث في ارتكاب محظورٍ فقط لا يكون الحِنث إلّا محظورا(٢) لما في الحِنث من هتك حُرمة اسم الله تعالىٰ.

وإنّما[٣] الشّرع يُبيح فعل ما يقعُ به الحِنث باسم أنّه صلاة أو برّ الوالدين لا باسم أنّه الحِنث؛ إلا أنّه[٤] إذا حلف أن لا يصلي فالحِنث يقع بالصلاة؛ فتكون الصلاة آلة للحنث كالسيف يكون آلة للقتل[٥]، والكفّارة لا تجب عِند الصلاة بل تجبُ عِند الحِنث؛ لكنه في هذه الحال يوجد مع الصلاة، والله أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

[١] «ن»، «ص» (مذهب).

(٢) «نهاية المطلب» (١٧٣/٣)، «المجموع» (١٦١/٦).

[٣] «أ» (ولنا)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٤] «ن»، «ص» (لأنّه).

[٥] «ص» (للتقطيع).

فصل الحكم

يُخرَّج عليه:

* مسألة يمين الغمُوس.

* ومسألة تعجيل الكفّارة قبل الحِنث.

[٨٣٢] **مسألةٌ**: قال علماؤنا رحمهم الله: يمِين الكفّار لا تُوجب الكفّارة حنثوا في الكفر أم في الإسلام وكذلِك ظِهارهم.

وقال الشّافِعي(١) رحمه الله: إنه يُوجِبها؛ ولكن حال الكُفر لا يصح الأداء إلا بالصّوم.

وأما إذا نذر الكافر صدقةً؛ فمن مشايخه من يقول: إنها تصحّ، وإنه يعيد[٢]، وذهب إلىٰ أن الكافر من أهل اليمِين بالله، بدليل[٣] أنه يستحلف في الخصومات والدّعاوىٰ؛ فتكون يمِينه مُوجِبة للكفّارة كالمسلم[٤].

وهذا لما ذكرنا أنّ اليمِين متىٰ صحّت بالله تعالىٰ مقصُودةً كانت سببًا للكفّارة إذا كانت كاذبة، وكذلِك الظهار لأنّهُ من أهل الطلاق؛ فيكون من أهل الظهار كالمسلم وعكسه الصبي، ولأنّ التحرِيم بالظهار دُون التحرِيم بالطلاق؛

(١) انظر: «الأم للشافعي» (٥/٢٢٨٢ ـ ٢٨٣)، «الحاوي الكبير» (١٥/٢٦٩).

[٢] «ن» (لعبد).

[٣] «ن»، «ص» (بدلالة).

[٤] «ن»، «ص» (كيمين المسلم).

فملك الأعلىٰ يدل علىٰ ملك الأدنىٰ، وكذلِك القتل المضمُون لما صحّ من الكافر والصبي لزمتهما الكفّارة.

ويدل عليه: ما ذكرنا من أصل الشافعي أن الكفّارة تجبُ بيمين[١] الغمُوس التي هي محظور محض، وما يتعلّق وُجُوبه بالمحظور المحض[٢]، فالكافر أولىٰ باستيجابه؛ لأنّ مثل ذلك السبب يدلُّ علىٰ أن جزاءه في حكم عُقُوبة محضة، فيكون الكافر أولىٰ بالعُقُوبة، كما قيل في الحدود إلّا أن الصوم لا يُتصوّر منه حقًّا يستوفىٰ لله شرعًا فلم يؤخذ به، والمال يصح استيفاؤه منه حقًّا لله كالحرية فاستوفي وهذا كالعبد يكفر بالصوم دُون المال لأنّ تمليك المال لا يُتصوّر منه؛ لأنّهُ لا ملك له، وأداء الصوم يُتصوّر فاختص أداؤُه بما يُتصوّر منه، وكذلِك كفّارة الظّهار؛ لأنها تتعلّق بمنكرٍ من القول وزورٍ. وهذا القول بهذا الوصف منه صحيح، وإن نظرنا إلىٰ الحُكم فلفظ محرم، وهو من أهل التحرِيم.

ولا معنىٰ لقولكم: إن الكفّارة لا توجد قِياسًا، والنص خصّ المسلمين[٣]؛ لأنا لا نُوجِبها بسببٍ ثبت سببًا مُوجِبًا قِياسًا؛ بل تجِب بالسّبب الثّابت بالنّصّ من اليمِين والظهار، وإنّما جعلنا الكافر كالمسلم لمساواته إيّاه في السّبب، هذا كما قِيل: إن ماعزا زنىٰ وهو محصن فرجم، ثُمّ شاركه فيه غيره، والحدود لا تجب قِياسًا، إنّما هذا ضرب من الاستدلال، وإنه يجري مجرىٰ النص.

إلّا أنّا نحتجّ بأن الآية خصّت المؤمنين فقال ﷻ: ﴿لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَـٰنِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٥]، الآية وقال في الظهار: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَـٰهِرُونَ مِنكُم مِّن

[١] «ن»، «ص» (باليمين).

[٢] في «أ»: (المحقق).

[٣] «ن»، «ص» (المؤمنين).

نِسَآئِهِم﴾ [المجادلة: ٢] ، والكافر ليس بمنزلة المسلم فيما خاطبهم به من الكفّارة ؛ لأنّها تجبُ عبادةً على ما نذكر ، والكافر ليس من أهلها وهذا احتجاج ضعيف لأنّ المؤخَّرة تستقل حُجّة وهي عامة ، والمقدمة لا تستقل ؛ لأنّ الآية ساكتة عن الكافر إذا أسلم بعد ذلك والسكوت لا يكون حُجّة.

وقد احتج أبو حنيفة لصحّة إيلاء الذمي بآية الإيلاء ، وسياقها خاصّ في المؤمنين لأنّ صدرها عام مستقل بنفسِه. ولكن الحُجّة ما رُوي عن قيس بن عاصم المنقري أنه سأل رسول الله ﷺ فقال: إني نذرت نذرا في الجاهلية ، فقال ﷺ: «الإسلام يجِب ما قبله»(١) ، ولم يستقر[٢] أنه بالمال أو البدن فثبت[٣] أنه باطل.

والمعنى فيها: ما قال محمد بن الحسن: أن ما فيه من الشرك أعظم بملك به في الأيمان والظهار جميعا يعني أن الكفّارة تجب بسبب هتك حُرمة ووجبت[٤] تعظِيمًا لله ، وبالشرك حصل هذا الهتك كله ودخل تحته[٥] بخِلاف الحدود ؛ لأنّها تجبُ بهتك حُرمة ثبتت مصلحةً للناس من حُرمة الأموال والأعراض في باب القذف والأبضاع في باب الزنا أو النفوس في القتل أو العقول في شرب الخمر[٦].

يدلّ عليه: أن الكفّارة في معنى العبادة ؛ فلا تجب على الكافر ، ولا يصح

(١) رواه مسلم (١٢١) بلفظ: «أما علمت أن الإسلام يهدم ما كان قبله ؟».

[٢] «ن» (يستفسر).

[٣] «أ» (حيث) ، والمثبت من «ن» ، «ص».

[٤] في «ن» ، «ص»: (وجبت).

[٥] «أ» (حيث) ، والمثبت من ، «ص» ، وفي «ن» (ودخل تحته ما يهتك).

[٦] «أ» (وشرب الخمر بالعقول) ، والمثبت من «ن» ، «ص».

الأداء منه قِياسًا على الصّلاة والصّوم والزكّاة، وهذا لأنّ العبادة سبب الثواب والكافر ليس من أهله، ولا إِشكال فيه وإِنّما الإِشكال في أنه عبادة.

والدليل عليه: أربعة أوجه منها: سببها، وشرطها، وركنها، وحكمها.

أمّا السبب: فلأنّهُ قد يتمحض مُباحًا كالحلق عن أذىً في الإِحرام، وقتل الصيد أو عن اضطرارٍ في الحرم والإِحرام وقتل الخطأ؛ وإنه[١] لا إثم فيه مع الخطأ بنص الكتاب: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥] ﴿لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٥]. وكذلِك الرّجُل يحلف مطيعًا[٢] ويحنث مطيعًا، ويلزمه الكفّارة كما إذا حلف أن لا يكلّم[٣] هذا الكافر عداوة في الله فأسلم؛ وكلّمه[٤] محبة في الله أجر[٥] عليه في الحالين، وعليه الكفّارة، وإِنّما صفة الحظر في هذه الأسباب على مثال صورةٍ بلا معنىً كالحلق محظور في الإحرام[٦] جملة والإِحرام باق، وإن تحقّقت الإباحة بالأذى؛ فلما لم يبق الحظر معمولًا به؛ بقيت[٧] صورة بلا معنىً، وكذلِك الحِنث محظور ويزول الحظر إذا كان في الحِنث، وإِنّما تبقي[٨] صورة حتّى لا يأثم بحال في هذه المسائل وعقوبات الله

[١] «أ» (لأنّ)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٢] في «أ»: (مطبقًا)، وكذا الموضع بعده.

[٣] «ن» (لا يتكلم).

[٤] «ن» (فكلمه).

[٥] في «أ»: (أجبر).

[٦] «ن»، «ص» (بالإحرام).

[٧] «ن»، «ص» (بالإحرام).

[٨] «ن»، «ص» (بقي).

تعالىٰ لا تخلو عن إثم، وإنّما يتعلق بالمباح المحض ما يتمحض عبادة كالصلاة بالوقت والزكاة بالمِلك[١] الحلال، فلما تعلق هذا بمحظور صورة مُباح حُكمًا ثبت أن الكفّارة عبادة حُكمًا وإنّما لها صورة عُقُوبة فوجبت جزاء كالعقوبات لا ابتِداء كالعبادات علىٰ حسب ما اعتبر الحظر في السبب صورة لا معنىٰ، وقد يتحقق الحظر في السبب مع الإباحة كما إذا لم يكن الخير في الحِنث، وتجب الكفّارة ويعتبر فيها بذلك القدر عُقُوبة، فكان معنىٰ العُقُوبة فيها تبعاً والأصل عبادة.

وأمّا الشرط: فلأنّه لا يتأدَّىٰ إلّا بنية الإخلاص لله، والنية لا تشترط في العقوبات. ألا ترىٰ أن الجزية تؤخذ منه بلا نية وتجزيه، وكذلِك إذا أدىٰ الذمي بنفسه ولم ينو أنها جزية سقطت عنه كديون العباد، وكما نستوفي منه الحد بلا نية منه وإنّما تشترط النية من الإمام؛ لأنّ الإقامة عبادة من الإمام إلّا أنه يقول عِندي لا يحتاج إِلىٰ نية الإخلاص لله بل إِلىٰ تسمية الواجِب عليه[٢] ليمتاز من غيره من وجوه التمليكات التي ليست بكفّارة وكذلِك لا يتأدىٰ إلّا بأداء ممن عليه حقِيقة أو حُكمًا، نحو أن يأمر غيره، كما في الزكاة حتّىٰ لم يتأد بمال غيره بحال حتّىٰ لم يصح الأداء من العبد لأنّهُ لا ملك له بخِلاف ديون العباد[٣] حتىٰ لم يصح الأداء من العبد لأنّه لا ملك له.

وهذا لأنّ العبادة فعل يجِب ابتلاءً لتظهر طاعته من معصيته، والابتلاء في المالي إِنّما يكون بنُقصان المال وبمباشرة[٤] سبب المِلك فلا يتأدىٰ حتّىٰ يكون

[١] في «أ»: (بالمال).

[٢] «ن»، «ص» (بقلبه).

[٣] «أ» (العبادة) والمثبت من «ن»، «ص».

[٤] «ن»، «ص» (ومباشرة).

المِلك له والفِعل منه يكون حُكمًا أو حقِيقة، فإنه بلا فعل منه لا يُتصوّر عبادة وهي عبادة عن فعل العبد، وبلا[١] نُقصان ملك لا يُتصوّر الابتلاء. فأما العُقُوبة فما فيها ابتلاء ليظهر طاعته، بل إيلام زجرا له عما ارتكب، والألم في المالي بنُقصان[٢] المِلك وفي البدني بالضرب وذلك بفعل غيره أتم وأوجع[٣]، فلم تكن الإقامة إليهم وحدهم ولا خِلاف فيه ما دام حيا أنها لا تتأدىٰ بغير أمره وكذلِك عِندنا بعد موته.

❁ فإن قِيل: إن الكفّارة بعد موته تؤخذ من تركتِه عندي بلا أمرٍ منه[٤] وليس[٥] أداء.

❁ قلنا: وليه[٦] يقوم مقامه ولا يجوز من غيره.

وأما الرّكن: فلأنّهُ يتأدىٰ بالصوم والكف لله، ما شرع خاليًا عن العبادة وكذلِك بالإعتاق، ولم نجد في الشّرع إعتاقًا شُرع عُقُوبة، كما لم نجد الصوم شرع عُقُوبة.

ولأنّ الصوم بدل عن المال والصوم لا يتمحض عُقُوبة حتّىٰ لم يتأد من الكافر، فثبت أن الأصل في الشّرع بمثابته في صفة العبادة إذ لو لم يكن بمثابته لما قام مقامه ولأنّ فعل العبادة مفوض إِلىٰ من عليه وفعل العُقُوبة إِلىٰ غير من

[١] «ص» (بلا).
[٢] «ص» (نقصان).
[٣] «ن» (أشد ألما ووجعا).
[٤] «ن» (علىٰ أصلي).
[٥] «ن» (وليس منه).
[٦] «ن» (عنده).

عليه، فالعقوبة اسم لما يؤلم بفعل غيره وفعل التكفير مفوض إلىٰ من عليه، فعلم أنّه من جملة العبادات، ولا يلزم الجزية، فإن الذمي لا يبرأ منها بالدفع حتّىٰ يأخذ منه الإمام بالصَّغار.

وأمّا الحُكم: فالثواب ما يخلو كفّارة[١] في حق المؤمنين[٢] عن الثواب؛ لأنّهُ يؤديها لله وبأمره، وما هذا سبيله[٣] لم يخل عن ثواب وكل عبادة خصوصًا الصوم، ولهذا سُميت كفّارة أي ستارة للذنب بثوابها كما يستر علىٰ القبيح المحسوس بثوبك بخِلاف الحدود[٤]؛ فإنها عقوبات محضة تُستوفىٰ ممّن عليه[٥] كرهًا بلا فعل منهم كما تستوفىٰ في الآخرة؛ ولهذا سمىٰ الله الحدود خزيًا ونكالًا وسميت حدودا، أي: موانع عن ارتكاب أسبابها، وتمحضت أسبابها حرامًا، وكان حكمها الزّجر عن المعاصي لا الثواب، فإن المصر إذا حدّ لم يثب عليه، وكذلك الكافر، قال الله تعالىٰ: ﴿ذَٰلِكَ لَهُمۡ خِزۡيٞ فِي ٱلدُّنۡيَاۖ وَلَهُمۡ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [المائدة ٣٣]، وإنّما الطّهرة فيها تبع إذا جاء مقرًا نادمًا تائبًا مستعجلًا لعُقُوبة الله[٦] مستسلمًا لأمر الله صار طُهرة عن الآثام التي ارتكبها ورافعةً، كإسلام الذبيح للذبح[٧] بأمر الله كان طاعة منه مقبولة؛ فيكون الإسلام[٨] تطهيرًا كالتوبة، وكما يطهّر العضو النجس بالماء من حيثُ الإزالة،

---

[١] «ن»، «ص» (الكفارة).

[٢] «ص» (في حق المحرم المؤمن).

[٣] «ن» (وكل فعله هذا سبيله).

[٤] «ن» (الوجود).

[٥] «ن»، «ص» (عليهم).

[٦] في «أ» (ذنبه) والمثبت من «ن»، «ص».

[٧] «ن» (الذبيح للذبح)، «ص» (كإيلام الذبح للذبيح).

[٨] «ن»، «ص»: (الإيلام).

فكذلِك التوبة والاستسلام يطهّران[١] أربابها عن الآثام. والتّكفير يستر الآثام بثوابها[٢] على سبِيل المقابلة وثبت[٣] أنهما مختلفان حال ما يكون الحد مطهرًا وقد يخلو عنها فيكون تنكيلًا لا غير، ولهذا سقطت الحدود بأدنى شبهة الإباحة وهذه تجِب وإن لم يبق حظر.

❁ فإن قِيل: الكفّارة إنّما تمحو الذنب من حيثُ أن في نُقصان المال ثوابا في نفسه كما لو سرق، وكما لو لحقه ألم أو مرض، وكما لو أتلف المال.

❁ قلنا: لو كان من هذا الطريق لما شرط فعله، وفعله[٤] أو فعل وليه شرط لله تعالى ولما تأدّى[٥] بالصّوم؛ ولأنّ الكفارة[٦] تجبُ بهتك حرمة[٧] لله دُون العباد فلا تتأدى إلّا بما يصلح لله وذلك عبادة العبد لا غيره قال الله: ﴿إِنَّ ٱلۡحَسَنَٰتِ يُذۡهِبۡنَ ٱلسَّيِّـَٔاتِ﴾ [هود: ١١٤]، والحسنة: اسم لما يفعله العبد لا لسرقة ماله منه، وإذا ثبت أن الكفار ليسوا من أهل التكفير لم يكونوا من أهل مباشرة سببه؛ لأنّ السبب لا يصح إلّا لحكمة، ومتى خلا السبب عن الحُكم بطل، كبيع الحر[٨] لا يُفيد المِلك وإن أشكل الأمر في الكفّارة[٩] فلا إشكال في النذر، فإنه لا يصح من المسلم إلّا بطاعة لله على ما قال ﷺ: «من نذر أن يطيع الله فليطعه

[١] «ن»، «أ» (تطهر).
[٢] في «أ» (بثوابه) والمثبت من «ن»، «ص».
[٣] «ن»، «ص» (فثبت).
[٤] في «أ»: (وبالإجماع فعله).
[٥] «ن» (وما تأدى)، «ص» (ولكان لا يتأدّى).
[٦] «ن»، «ص» (الكفارات).
[٧] «ن» (حرم).
[٨] «ن» (كالبيع).
[٩] في «أ» (الصوم) والمثبت من «ن»، «ص».

ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه»(١).

ولأنّ النذر لا يصحّ بالمباح أيضًا حتّى تكون عبادةً وكذلِك الظهار سبب كفّارة؛ فإنها تجب بالظهار والعود على ما بينّا[٢] في موضعه؛ فالكفارة عِندنا تجبُ عبادة وعُقُوبة زاجرةً عن المحظور، ومعنى العُقُوبة تبع وقد تخلو عنها ولا تخلو عن معنى العبادة، فلم توجب على الصبي والمجنون في القتلِ، وكذلِك على الكافر كما لم توجب الزكاة وكفّارة الإحرام، ولهذا لم يصلح عِندنا سببًا للكفّارة كل سببٍ تمحض محظورًا كيمِين الغمُوس، وقتل العمد وصلُح سبباً لها ما تمحض مُباحًا كيمِين اللّغو في المستقبل ويمِين المكره، والذي يدل عليه أن الله تعالى فرّق بين القادر والعاجز، وشرط القدرة يعتبر في العبادات دُون العقوبات.

ألا ترى أنّ الصوم يسقط بالعجز إلى فدية والماء إلى التراب والصلاة المعهودة إلى إيماء والحدود لا تسقط بالعجز إلى إبدالٍ يليق[٣] بالحال، وأما اعتباره باليمين في الخصومات[٤] فلا يصح؛ لأنّ تلك اليمِين لا كفّارة فيها عِندنا، وإنّما أبطلنا يمينه من حيث لا يكون سببا للكفارة كما أبطلنا يمِين الغموس[٥] سببًا للكفّارة فلم يجز الاعتبار يمِين بالماضي[٦] وهي لا تكون سبباً، ولأنّ المقصُود من اليمِين في الخصومة إظهار البر بالإنزجار عن الكذب تعظِيمًا

(١) سبق تخريجه.

[٢] «أ» (بيّن)، «ن» (تبيّن) والمثبت من «ص».

[٣] في «أ»: (أبدال تليق).

[٤] «ص» (خصومات).

[٥] «ص» (أبطلنا يمين الكافر).

[٦] «ص» (في الماضي).

لله ، والكافر يعتقد ذلك فتفيد اليمين فائدته فيها وذلك لا يدل على صحة سبب العبادة منه ، وكذلك الطلاق لتحريم محض وهو من أهله ، والظهار فيه زيادة وهو التكفير ، وهو ليس من أهله والظهار إذا لم يُوجِب كفّارة لم يصح لأنّهُ يبقى تحريما مطلقا ، والظهار لا يحرم إلّا مؤقتًا بالتكفير فلم يمكن إثبات[١] حُرمة بلا وقت ولا مؤقتة بالتكفير فبطل[٢] السبب منه لمّا خلا عن حكمه ، والله تعالى أعلم.

[٨٣٣] **مسألةٌ:** ولهذا اعتبر الشافعي(٣) رحمه الله في أحد قوليه وقت الوُجُوب في الكفارات ؛ لأنّها عقوبات زواجر فيعتبر حال الجناية ؛ كالحدّ لأنّها تختلف إثما حُكمًا باختلاف أحوال المرتكب ، فكذلك الجزاء الزاجر يختلف فيعتبر حال الحِنث.

وعِندنا العبرة لصِفِة العِبادة ؛ فيعتبر شرط القُدرة حال الأداء كالصلاة ما لم تفُت عن وقتِها كان المعتبر فيما يتغيَّر[٤] بالقدرة حال الأداء كالسفر والإقامة ؛ لأنّ[٥] معنى العُقُوبة لما كان تبعاً والعبرة الأصلية للعبادة لم يعتبر بما مضى من الذنب.

ويدلّ عليه: أن الكفارة حق واجب له أصل وبدل علّق بعدم الأصل ، فيجب اعتبار العدم عند الأداء كالطهارة للصلاة ، والصوم مع الفدية ، وضمان الغصب في رد عينه أو بدله ، وهذا لأنّ القدرة تشترط للأداء لا للوجوب على ما بينا في

[١] «ن» ، «ص» (إيجاب).
[٢] «ص» (قبل).
(٣) انظر: «مختصر المزني» (٨/٣١٠) ، «الحاوي الكبير» (١٠/٥٠٦ ـ ٥٠٧).
[٤] «ن» ، «ص» (يُعتبر).
[٥] «أ» (لأنّه) والمثبت من «ن» ، «ص».

الأصول بخلاف الحدّ لأن حدّ العبد ليس ببدل[١] عن حد الحر. ألا ترىٰ أنّ موجب جنايته لا يتعلق بالعجز عن إقامة حد الحر كاملا.

ويدل عليه: أنّ الصوم في هذا الباب بدل وجب بدلا عن أصل بشرط العجز عن الأصل؛ فيعتبر قيام الشرط عِند الأداء لا عِند الوُجُوب كالتيمم مع الوضوء والاعتداد بالأشهر مع الأقرّاء، وكما في ضمان الغصب في رد عينه وبدله، وهذا لأنّهُ لما نقل إلىٰ البدل لعجزه عن أداء الأصل كانت القدرة علىٰ الأصل بشرط الأداء وشرط أداء العبادات أو العقوبات أو غيرهما يعتبر حين الأداء لا حين الوُجُوب، والعمر كلّه وقت الأداء في الحقوق التي لم يشرع لها وقت معلوم لأنّ الفوت[٢] إذا لم يكن له[٣] وقت يفوت العمر بخلاف الحد، لأنّ حد العبد ليس ببدل عن حد الحر للعجز عن حدّ الحر، بل كل واحِد أصل بنفسه في حاله[٤] كالاغتسال عن الجنابة، والوضوء عن الحدث، وصوم كفّارة اليمِين، وكفّارة القتل، وإذا كان كل واحِد أصلًا، وكان التفاوت في المقدار لتفاوت في سبب الوُجُوب اعتبر حال الوُجُوب ولأنّ الحُرمة[٥] لا قدرة فيها[٦]، ولأنّهُ لا أداء علىٰ من عليه الحد ليعتبر القدرة بل الأداء علىٰ الإمام وقدرته بولايته وإنما يعتبر حين[٧] الأداء.

---

[١] «ص» (بدل).

[٢] زاد في «أ»: (فيما).

[٣] في «أ»: (لها).

[٤] في «أ»: (حكمه).

[٥] «ص» (الحرية).

[٦] «ن» (ما فيها قدرة)، «ص» (ما فيها قدرة فوت عبد هو أقوىٰ من الحر).

[٧] «ص» (حال).

ولأصحابنا مسائل على هذا الأصل:

[٨٣٤] **مسألةٌ:** منها أن المرأة إذا حاضت بعد التمكن من أداء فرض الوقت سقطت[١] كما لو كانت حائضًا لأوّل الوقت، وكذلك الجنون الطارئ؛ لأنّ السقوط بالجنون لفقد قدرة الأداء والقدرة شرط الأداء لا شرط الوُجُوب في الذمة، على ما بينا في أصول الفقه.

ألا ترى أنّ المغمى عليه والنائم[٢] يلزمهما الصلاة في الذّمة ولا قدرة لهما على الأداء، فثبت أن القدرة شرط وُجُوب الأداء لا الوُجُوب في الذمة، ولكن ربما سقط الوُجُوب عن الذمة لفقد قدرة الأداء توسعةً ورحمةً حتّى لا يتضاعف عليه الفِعل عِند القدرة، ولما كانت القُدرة شرط الأداء اعتبرت حين الأداء، والعبد يؤدي الصلاة[٣] ما بقي الوقت.

ألّا ترى أنّ السّفر الطارئ بعد الوُجُوب بمنزلة المقارِن؛ لأنّ القدرة تضعُف بالسّفر، والمضعف[٤] سقط النّصف[٥] فاعتُبر حال الأداء وكذلِك الحائض سقط[٦] عنها[٧] الصلاة للحرج الذي يلحقُها بالقضاء بعد الحيض في تضاعُف الصلاة في وقت واحِد، وربما عجزت عن الإيفاءِ إذا خرجت، ولما كانت لضرب من العجز سقطت أعتبر حال الأداء.

---

[١] «ص» (سقطت الصلاة عنها).

[٢] «ص» (النائم والمغمى عليه).

[٣] «ص» (مؤد للصلاة).

[٤] في «أ»: (والضعف).

[٥] «ص» (الشطر).

[٦] «ص» (سقطت).

[٧] «أ» (عليها) والمثبت من «ن»، «ص».

|٨٣٥| **مسألةٌ**: وكذلِك العشر والخراج والزكاة تسقط بهلاك النصاب الذي به وجبت هذه الحقوق عِندنا.

خِلافًا للشّافعي(١) ﷺ لأنّ القدرة على أداء المالي تكون بالمال، والشرع[٢] علق الوُجُوب بالقدرة على الأداء بذلك النصاب، بدليلِ أنّ النّصاب متى لم يكن لم تجِب وكذلِك الخراج لا يجِب إذا لم تخرج الأرض شيئًا، وإذا أخرجت شيئا قليلا والخراج أكثر منه لم تجِب إلّا بقدر نصف ما خرج[٣]، ولما اعتبر النصاب للوُجُوب وبه تقع القدرة على الأداء لا محالة علم أن القدرة على الأداء بذلك النّصاب شرط الوُجُوب[٤] كما في باب الكفّارة فيعتبر حين الأداء ومتى عدمت سقطت كالكفارات وكشطر الصلاة بالسفر.

ولا يلزم إذا هلك نصف النصاب لأنّ الكمال شرط الوُجُوب لا غير وشرائط الوجوب لا تعتبر للبقاء.

وإِنّما قُلنا: إنّها شرط الوُجُوب؛ لأنّ الواجِب خمسة من[٥] مئتي درهم وهي ربع العشر والقدرة على أداء درهمين ونصف من مئة، مثل القدرة على خمسة من مئتي درهم إِنّما[٦] تختلف[٧] القدرة إذا[٨] أوجبنا خمسة من مئة، وعِندنا لا

(١) انظر: «مختصر المزني» (٨/١٤٠)، «الحاوي الكبير» (٣/١٨٣).

[٢] «ص» (والشرط).

[٣] «ص» (الخارج).

[٤] «ص» (شرط وجوب الآداء).

[٥] «ن» (في).

[٦] «ن» (وإنّما).

[٧] «ن» (تخلفه).

[٨] «ن» (إن لو).

يبقىٰ بمئة[١] إلّا قدرها.

ولا يلزم صدقة الفطر عن العبد إذا مات العبد، لأنّ رأس العبد شرط الوُجُوب لأنَهُ رأس يمونه بولايته عليه لا لأنّهُ مال، بدليل أنه يجِب عن رأس الولد الحر، ولا مالية فيه فعلم أن المالية ليست بشرط للوجوب ولكن بدُونِ الماليّة لا يقدِر علىٰ أداء المالِ. وكذلِك المال في الحج لأنّ الحج عبادة بدنية لا تتأدّىٰ بالمال، فيكون المال شرط الأداء بل هو وصف بأجل الوُجُوبِ إليه توسعة ورحمة فكان بمنزلةِ شرط الوُجُوب دُون شرط الأداء.

ومذهبُنا في مسألةِ الكفّارات مذهبُ ابن عباسٍ ﵄، ويدل عليه قول الله تعالىٰ: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ﴾ [البقرة: ١٩٦]، من غير اعتبارِ وقت[٢].

---

[١] «ص» (مئة).

[٢] «ن»، «ص» (الوقت).

القول في أنواع الكفارة

للكفّارة أنواع أربعة:

❊ التحرير.

❊ والإطعام.

❊ والكسوة.

❊ ثُمّ الصيام.

فنبدأ بالتحرير لأنّهُ أهم، والله أعلم:

[٨٣٦] مسألةٌ: قال علماؤنا ﷺ: الواجِب في كفّارة اليمِين تحرير رقبة مطلقة وكذلِك في كفّارة الظهار. وقال الشافعي(١) ﷺ: الواجب تحرير رقبة مؤمنة.

ـ قال العبد ﷺ: هذه مسائل لا مدخل للقياس فيها؛ لأنّ قدر الكفّارة وكيفيتها لا تعرف بالقياس، وإنّما تؤخذ من النص، وإنّما يتكلّم فيها في معرفة حكم النص لا غير ـ لأنّ الله تعالىٰ ذكر[٢] أنواع تحرير في كفارات وقيد في القتل بالإيمان، فوجب حمل المطلق علىٰ المقيد منها، علىٰ ما هو الأصل عِندي، أن الاسم متىٰ قيد بوصف جرىٰ الوصف في الحُكم المنوط بالاسم مجرىٰ الشرط، فيقتضي وجودا عِند وجوده ونفيا عِند عدمه، وإذا اقتضىٰ نفيا في

(١) انظر: «الأم للشافعي» (٦٩/٧)، الحاوي الكبير (٤٦١/١٠ ـ ٤٦٢).

[٢] «ن»، «ص» (احتج الشافعي بأنّ الله تعالىٰ ذكر).

نفسه من النص ثبت مثله في نظيره، استدلالا به، على ما عرف.

والكفارات كلّها باب واحِد بخِلاف النص على ستين مسكينًا، فإن كفّارة اليمين لا تحمل عليه؛ لأنّ النص لا يُوجِب نفيا عما دونه بل ما دونه لا يكون كفّارة كاملة لعدم النص، كما أن غير الإطعام فيما لم ينص عليه لا يكون كفّارة، لعدم الشرط لا لنافي. وإذا لم يتضمن نفيا ولم يكن للنص حكم حال عدمه في نفسه، فكذلِك في نظيره، والتعليق بالقيد اقتضى نفيًا وثباتًا؛ لأنّهُ لولا القيد لتأدّت الكفّارة بالمطلق، وإنّما نفاه القيد.

وعلى هذا أمر الشّهادة؛ فإنها[١] مطلقةٌ في بعض الأبواب مقيّدة بالعدالة في بعض، فحمل مطلقها على مقيدها بالإجماع، وكذلِك رقبة القتل لمّا تقيّدت بالسّلامة عن العمى والجنون تقيّدت هذه.

وروي أن رجلًا أتى رسول الله ﷺ وفي يده جارية[٢] سوداء، فقال: عليّ عتق رقبة أفتجزي هذه؟! فاستخبر النبي ﷺ عن إيمانها فوجدها مؤمنة فقال: «أعتقها فإنها مؤمنة»(٣)، فلولا أن الإيمان شرط وإلا لما استخبر ولما علّل بالإيمان.

والمعنى فيها: أن هذا تحرير في تكفير فيكون إيمانُ الرّقبة شرطًا للجواز قِياسًا على كفّارة القتل وهذا لأنّ الكافر خبيث والله تعالى يقول: ﴿وَلَا تَيَمَّمُواْ ٱلْخَبِيثَ مِنْهُ تُنفِقُونَ﴾ [البقرة: ٢٦٧]؛ ولأن التّحرير صرف النفع إلى الرقبة؛ فلا

[١] «ص» (فإن الله تعالى ذكرها).

[٢] «ن»، «ص» (أمة).

(٣) سبق تخريجه.

يجوز به التكفير[١] قِياسًا على إطعام الكافر على أصل الشافعي(٢) رحمه الله ؛ ولأنّ كفر الرقبة نقص يمنع جواز تحريرها عن كفارة القتل[٣] فكذلك عن اليمين قِياسًا على العمى والصّمم والجنون وعكسه العيوب القليلة ؛ فدلّ على أن الكفارتين سواء في الموانع عن التحرير بما[٤] لا يمنع.

إلا إنا نحتج بقول الله: ﴿أَوۡ تَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾ [المائدة ٨٩]. وفي الظهار: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾ [المجادلة ٣]، من غير قيد بالإيمان فزِيادة القيد يجري مجرى النّسخ لأنّ الحُكم يتعلّق بالزِيادة على ما عُرف وذا لا يجوز بِخبر الواحِد ولا بالقياس.

❖ فإن قِيل: فيما ذهبنا إليه تخصيصُ الكافرة.

❁ قلنا: إنكم لم تخصّوا الكافر عمّا دخل تحت اسم الرّقبة ولكن عما دخل تحت صفة الرقبة[٥] غير مذكور[٦] نصًّا.

دلّ عليه: أنّ الرقبة اسم للذات حقِيقة وللذات المرقوقة[٧] عرفاً وقد دل على الرق قوله: ﴿أَوۡ تَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾، فاشتمل[٨] عليه اسم الرّق والرقبة من الصّورة منصوص عليه، والتخصيص بيان أن بعض ما اشتمل عليه اسم الرّق

---

[١] زاد في «أ»: (إذا صرف إلى الكافر).
(٢) انظر: «الأمّ للشافعي» (٧/٦٧ ـ ٦٩)، «الحاوي الكبير» (١٥/٣٢٢).
[٣] «ص» (العبد).
[٤] «ن»، «أ» (وما).
[٥] «ن» (المؤمنة وصفة المؤمنة)، «ص» (العبد).
[٦] «ن» (مذكورة).
[٧] «أ»، «ن» (المرقوق) والمثبت من «ص».
[٨] في «أ»: (فما يشتمل).

والرقبة لم تدخل[١] تحته وأن الحُكم متعلّق بالباقي باسم الرّق والرقبة كما قلنا أن العمياء لا تجوز لأنّ ما فات بالعمىٰ من الوصف مما يشتمل عليه اسم الرقبة لأنّها تخلق[٢] كذلِك بلا صنع منا والزوال بالآفة، فكذلِك[٣] العقل[٤] أصل والزوال بعذرٍ، فأما الإيمان فلا يثبتُ صفة بالخلقة والخبر[٥] بل هو مضاف إِلىٰ فعل العبد كسائر الطاعات فلم ينتظم تحت اسم الرقبة كالقيام والقعود فكان تعليقُ الجواز به تعليقًا بما لا ينتظمه النص لا ببعض ما انتظمه.

ألا ترىٰ أنا إذا أخرجنا العمياء بدِلالة جازت البصيرة باسم الرقبة والتحرير، وأنتم إذا أخرجتم الكافرة لم تجوزوا[٦] المؤمنة إِلّا بصفة لا تدل عليها الرقبة فهذا البيان أن ما ذهبوا إليه ليس بتخصيصٍ.

❁ فإن قِيل: أو تحرير[٧] رقبة نكرة في الإِثبات فتخصّ ولا تعم وأجمعنا أن المؤمنة مرادة[٨] فبطلت الكافرة لأنّها غيرها.

❁ قلنا: الواجِب تحرير رقبة واحِدة علىٰ ما ذكرت لا رقاب بخِلاف ما إذا قِيل: لا تعتق رقبة فإنه نهىٰ عن عتق الكل وإِنّما خِلافنا معكم في صفة تلك الرقبة الواحِدة فقلنا نحن: الواجِب رقبة غير موصوفة بصفة الإيمان بل هي نكرة كما

---

[١] «ن»، «ص» (لا يدخل).

[٢] «ص» (تدخل).

[٣] «ن»، «ص» (وكذلك).

[٤] في «أ»: (القتل).

[٥] في «أ»: (والجبر).

[٦] «ن»، «ص» (لم تجز).

[٧] «ص» (فتحرير).

[٨] «ن»، «ص» (مراد).

نكرها الله ثُمّ جازت المؤمنة لا لأنّها تعينت مرادة[١] بل لأنّها رقبة نكرة بدُونِ الإيمان، والإيمان زِيادة لمعنىٰ[٢] اعتبارها في حقّ إِثبات التحرير وإحصار[٣] الرقبة كالأنوثة و[٤] الذكورة والصغر[٥] أو الكبر[٦]، أليس لم يقل لما جازت الأنثىٰ لم يجز الذكر[٧] لهذا المعنىٰ.

فهذا مثله النكرة في الإِثبات تناول واحِدة من جنسها، والجنس قد يعم ويخصّ؛ وإِنّما الخاص ما يؤدي منه، ثُمّ إنما لم نجوز العمياء ومقطوعة اليدين والمدبرة لأنّ الله تعالىٰ أمر بتحرير رقبة، فيلزمنا تحرير مطلق.

والتحرير عِبارة عن إنشاء عتق فلا يدخل تحته من عتقه مستحق له بدليله لأنّهُ إنشاء من حيثُ عجله[٨] للحال، وتسلِيم للمستحق من حيثُ الوصول إِلىٰ العبد[٩] ما استحقه بسبب قبله، فلم يتأدّ به الإنشاء المطلق من كل وجه، ورقبة مطلقة وهي القائمة، فإن الهالكة لا تُسمىٰ[١٠] رقبة، وكل[١١] عيب يجري مجرىٰ الاستِهلاك حُكمًا كقطع اليدين والعمىٰ والصّمم[١٢] وكل ما يُوجِب فوت منفعة

---

[١] «ص» (مراكبة).
[٢] «أ»، «ن» (لغو) والمثبت من «ص».
[٣] في «أ»: (وإحضار).
[٤] «ن»، «ص» (أو).
[٥] «ن» (أو الصغر).
[٦] «ص» (والكبر).
[٧] «ن» (فهل قيل لما جاز الذكر لم تجز الأنثىٰ).
[٨] «ص» (عمله).
[٩] «أ» (العلم) والمثبت من «ن»، «ص».
[١٠] «ص» (الهالك لا يسمىٰ).
[١١] «ن» (فكل).
[١٢] «ص» (والصمم والعمىٰ).

جنس أو شفعة[١] يمنع الدخول تحت الآية لأنّها ليست بقائمةٍ مطلقةٍ بل قائمة من وجه هالكة من وجه ، فأما[٢] الأوصاف التي هي زوائد على قيام الرقبة على الإطلاق وإنشاء التحرير فلا عبرة منها[٣] بمطلق الآية ؛ لأنّها لم تدخل تحتها[٤] بوجه .

وأمّا الحديث ، فقد روي في متنه ما يضعفه ، فإنه قد رُوي في قصة الخبر[٥] أنّ النبي ﷺ قال لها أين الله فأشارت إلى السماء(٦) . والله تعالى لا يوصف بالأينية[٧] والمكان ، فهذا يدلّ على فساد الحديث(٨) .

على أنه ليس في الحديث أن الرقبة كانت واجِبة على الرجل بالنذر أو الكفّارة ، ولا خِلاف في النذر أنه لا يجِب صفة الإيمان إلّا بإيجاب الناذر ، ولو ثبت أنه كان في الكفّارة فلا حُجّةً فيه أيضًا ؛ لأنّهُ ليس فيه أن النبي ﷺ أوجب

---

[١] «ن» ، «ص» (أو شيء) .

[٢] «ص» (وأمّا) .

[٣] «ن» ، «ص» (بها) .

[٤] «ص» (تحت الآية) .

[٥] «ص» (الحديث) .

(٦) رواه مسلم (٥٣٧) .

[٧] «أ» (بالأبنية) والمثبت من «ص» .

(٨) هذا التعليل رديء ، عليل ، لا تعارض بمثله النصوص المتواترة ، والوصف بالعلو مما تواترت به الشريعة وأجمع عليه السلف إجماعًا يقينيًا لا ريب فيه ، وإنما حدث هذا القول الفاسد بنفي الأينية بعد القرون الفاضلة . وقد جاء في الفقه الأكبر (ص: ١٣٥) من قول أبي حنيفة ﵀: «والله تعالى يدعى من أعلى لا من أسفل ، لأنّ الأسفل ليس من وصف الربوبية والألوهية في شيء ، وعليه ما روي في الحديث أن رجلا أتى إلى النبي ﷺ بأمة سوداء ، فقال: وجب عليَّ عتق رقبة ، أفتجزئ هذه؟ فقال لها النبي ﷺ: أمؤمنة أنت؟ فقالت: نعم ، فقال: أين الله ؟ فأشارت إلى السماء ، فقال: أعتقها فإنها مؤمنة» . وانظر: «العلو» للحافظ الذهبي ، و«اجتماع الجيوش الإسلامية» لابن القيم .

صفة الإيمان ويحتمل أنه إنّما استخبر عن صفة الإيمان لبيان أن إعتاق المؤمنة أولىٰ ونحن هكذا[١] نقول؛ لأنّ فيه إيصال النفع إلىٰ الرقبة وإيصال النفع إلىٰ المؤمن أولىٰ من إيصاله إلىٰ الكافر كما نقول لو أطعم كفارا[٢] يجوز ولكن مساكين المسلمين أولىٰ.

ولا حُجّة في التعليل لأنّ العِلّة تُوجب الحُكم عِند وجودِها ولكن لا تنفيه عِند عدمِها عِندنا، ولا مدخل[٣] للقياس فيه عِندنا من وجوه لأنّ الحوادث كلها منصوص عليها فلا يقاس بعضها علىٰ بعض عِندنا، ولأنّ القياس مُوجِب زِيادةٍ علىٰ النّص وهذا لا يجوز عِندنا، ولأنّ الحُكم مما لا يُعرف[٤] بالقياسِ بالإجماع؛ لأنّهُ يرجع إلىٰ إثبات قدر الكفّارة لأنّ الوصف زِيادة معنىٰ كالقُدر[٥] وكما لا يجوز إثبات زِيادة القُدر[٦] بالقياس فكذلِك[٧] الوصف، ولو جاز ذلك لصارت الصلوات[٨] كلها علىٰ هيئة واحِدة، وكذلِك الكفارات مقدارا، علىٰ أن الكفارات وإن اتفقت اسما[٩] فهي مختلفة الجنس حُكمًا لأنّها وجبت بأسبابٍ مختلفةِ الجنس من يمِينٍ وظهارٍ وقتلٍ وإفطارٍ[١٠]، والحُكم يختلف جنسه

---

[١] «ص» (كذا).

[٢] «ص» (كافرا).

[٣] في «أ»: (ثم هذا باب لا مدخل).

[٤] «أ» (لا يفرق) والمثبت من «ن»، «ص».

[٥] «ص» (القدرة).

[٦] «ص» (القدرة).

[٧] «ص» (وكذلك).

[٨] «ص» (كما بينا).

[٩] «ص» (الصلاة).

[١٠] في «أ»: (وإظهار).

باختلاف سببه[١]، وإذا اختلف[٢] لم يكن الواجِب بِها سواء فلم يجز رد بعضها إلىٰ بعض كما لم يرد إلىٰ الكفّارة النذر، فالمقاييس كلها باطلة بما ذكرنا والاستدلال باطل بهذا الوجه الخاص وهو أن الجنس مختلف حُكمًا.

وقد ظهر أثر الاختلاف في الإطعام[٣] وقدر الصّيام علىٰ أن باب القتل مُغلّظ قد ظهر ذلك في سائر أنواع الكفّارة، وفي وُجُوب التّرتيب، وهذا مخفف فلم يجز قياس ما خُفّف فيه علىٰ ما غُلظ لإثبات التغليظ، ولو احتمل القياس لكان اليد لنا لأنّ التحرير نوع من أنواع كفّارة اليمِين فيجب[٤] أن يكون أخف من القتل قِياسًا علىٰ سائر أنواعِه، وكان أخذ حكم اليمِين من حكم اليمِين أولىٰ من أخذه من القتل، هذا إن سلمنا لهم أن المطلق يُحمل علىٰ المقيّد، وعِندنا لا يُحمل بل كل يعمل بنفسه، وإن كانا في حادثة واحِدة بعد أن يكون في حكمين علىٰ ما بينا في الأصول[٥] وكذلِك الشرط يوجد الحُكم عِند وجوده، ولا يعدم عِند عدمِه وإنه بمنزلة الاسم، والعِلّة علىٰ ما بينا في تقويم أصول الفقه، ومسألة تعليق الطلاق بالنكاح، وهذا لأنّ الإِيجاب إذا علق بشرط أو بوصف لم يكن سببا للحال بل يصِير سببا وعِلّة عِند الوصف والشرط، فما[٦] قبله يعدم[٧] لانعدام سببه المُوجِب حُكمًا لا لأنّ الشرط ينفيه بعد وجود سببه.

---

[١] «ص» (نسبه).

[٢] «ص» (اختلفت).

[٣] «ن»، «ص» (في حقّ المحرم المؤمن).

[٤] «ص» (نحن).

[٥] «ص» (أصول الفقه).

[٦] «أ» (كما) والمثبت من «ن»، «ص».

[٧] «ص»، «أ» (ينعدم).

فأما[١] قوله إنه إنفاق بالحنث[٢] فلا كذلِك ؛ لأنّ الإنفاق يقع بإزالة الرق إِلىٰ عتق ولا خبث فيه ، وإِنّما الخبث في اعتقاده والإنفاق لم يتناوله . ألا ترىٰ أنه لا يغيره والإنفاق بالإخراج عن المِلك .

ألا ترىٰ[٣] لو تصدّق بالرقبة الكافرة وهي للتجارة تأدت الزكاة بِها وهي عبادة فوق الكفّارة ؛ لأنها تأدت بماليته[٤] لا بكفره[٥] .

وأمّا قوله فيه صرف الكفّارة إِلىٰ كافر[٦] فعِندنا ذلك جائز ، وعلىٰ أن التكفير بإبطال الرق علىٰ نفسه لا بإِيجاب العتق له ، فإن التكفير يكون بالمِلك علىٰ ما مر وهو ما كان بملك العتق حتّىٰ يصِير مكفرا بإبطاله[٧] ، بل يملِك الرق فيصير مكفرا بإبطاله ، فصار قدر ما يستقيم فيه الكلام أنه اعتبر الكفارات جنسًا واحِدًا .

وقد ثبت من مذهبه أنّ القيد باقي[٨] للحكم عمّا قبله فظهر عمله فيه وفي نظيره استدلالًا به ، فأمّا القياس[٩] في قدر الكفّارة فلا وجه له ، وأنّه[١٠] تجري مجرىٰ العبادات أو العقوبات وهي مبيِّنة علىٰ مقادير مختلفة وأوصاف متفرّقة ثُمّ يدخل علىٰ أصله صوم اليمِين ؛ فإنّه لم يحمل علىٰ القتل في إِثبات صِفة التّتابع .

---

[١] «ن» ، «ص» (وأمّا) .
[٢] «ن» (بالخبيث) .
[٣] زاد في «أ»: (أنه) .
[٤] «ص» (بماليتها) .
[٥] «ص» (بكفرها) .
[٦] «ص» (الكافر) .
[٧] «ص» (بإِيجابه) .
[٨] «ص» (العبد ناف) .
[٩] «ص» (والقياس) .
[١٠] «ص» (لأنّها) .

❁ فإن قيل: لأنّ صوم المتعة عشرة ولا يتأدىٰ إلّا متفرقا، فصار للمطلق أصلان: أحدهما بقيد التتابع، والآخر بقيد التّفرق، فلم يصر أحدهما بأولىٰ من الآخر؛ فوجب الوقف.

❁ قلنا: إن صوم المتعة ليس من جنس الكفارات فما[١] يعارض صوم الكفّارة؛ ولأنّ صوم المتعة جملة لم يجز لا لأنّ التفريق شرط فإنه وإن فرق لم يجز إذا صام قبل الرجوع عن المناسك والفراغ عنها، وإنما لم يجز لأنّ السبعة علقت بالرجوع فانعدمت قبله كصوم رمضان لا يجوز قبل رمضان لا للتفريق؛ بل لعدم الوجوب، وصوم القتل إذا فرق لم يجز للتفريق؛ ولهذا جوزنا نحن العبد الأقطع، خِلافا للشافعي ﷺ؛ لأنّ هذا النقصان ماله حكم الاستِهلاك؛ فكانت الرقبة قائمة مطلقة فلا يزيد شرط السلامة عن[٢] العيب؛ لأنّه نسخ.

[٨٣٧] مسألةٌ: قال أصحابنا: تحرير المكاتب عن التّكفير جائز[٣] إلّا أن يكون أدّىٰ شيئا من بدل الكتابة، وقد روىٰ الحسن بن زياد عن أبي حنيفة ﷺ أن ذلك جائز أيضا.

وقال الشافعي(٤) ﷺ: لا يجوز لأنّ إعتاق المكاتب إبراء وإيجاب لعتق مستحقٍّ بسبب آخر قبله، والواجِب[٥] إعتاق مبتدأ علىٰ ما مرّ.

---

[١] «ص» (فلا).

[٢] «ن»، «ص» (من).

[٣] «ن»، «ص» (يجوز).

(٤) انظر: «الأم» للشافعي (٨/٥٠ ـ ٨٠)، «الحاوي الكبير» (١٥/٣٢٧ ـ ٣٢٨).

[٥] «أ» (والركن) والمثبت من «ن»، «ص».

أمّا الدّليل على أنّه إبراء: أنّ المكاتب في حكم الخارج عن المِلك في حقّ التصرفات المملوكة بحكم الملك كالبيع والإجارة والهبة والوطء حتّى قِيل: إنه يغرم العقر لها، وكذلِك الإنكاح، ويكون المهر لها إذا رضيت.

وكذلِك إذا جنى عليه غرم الأرش له ولا يملِك[١] الإعتاق أيضا لأنّه مما يملِك بالمِلك فيصِير كِناية عن الإبراء الذي يلاقي الكتابة المملوكة[٢] ليحصل به العتق المطلوب كالوارث إذا أعتق كان كِناية عن الإبراء بالإِجماع.

ولا[٣] يجوز عنِ الكفّارة بإعتاق الوارث بالإِجماع وإن شئنا قسنا عليه فقلنا: إنه مكاتب فلا يجوز تحريره تكفيرًا، قِياسا على الوارث إذا أعتقه، ثمّ سوينا بينهما فقها.

ويدلّ عليه أنّ الولد يعتق معه ولو جعل إعتاقا مبتدأ لما عتق الولد كما لو أعتقه بعد فسخ الكتابة فثبت أنه عتق بالكتابة، والعتق بالكتابة لا يكون إِلّا بسقوطِ بدل الكتابة أو بالأداءِ أو بالإبراءِ[٤].

وأمّا الدّليل على أنّ العتق مستحق فإنه قد استحقه بالكتابة؛ لأنّها تعقد للعتق وقد تقررت الكتابة ولزمت المولى حتّى لا يملِك الولي فسخها إِلّا برضا العبد فصار حكمه[٥] مستحقا عليه أيضا كانفكاك الحجر للحال عن المكاسب[٦]

[١] «ن»، «ص» (فلا).

[٢] زاد في «أ»: (له).

[٣] «ن»، «ص» (فلا).

[٤] «ص» (إما بأداءِ أو إبراءِ).

[٥] «ص» (حال حكمها).

[٦] «ص» (المكاتب).

حتّىٰ صارت كالمملوكة علىٰ المولىٰ إِلّا أن هذا حال والعتق مؤجل كعتق أم الولد والمدبر علىٰ أصلكم بخِلاف اليمِين بالعتق لأنّه لا حق[١] يلزمه باليمِين حتّىٰ ملك بيعه وهبته والامتناع عن ذلك العتق بأي سبب أراد، ولأنّ حقّ اليمِين لا يسري إِلىٰ ولد المحلوفة بعتقها[٢] لأنّ الحق لم يثبت لها[٣] بعد وهاهنا يسري إِلىٰ الولد، ولا سريان إِلّا بعد الثبوت للأصل. ألا ترىٰ أن عتق أم الولد لما سرىٰ[٤] إِلىٰ الولد دل علىٰ الاستِحقاق لها وكذلِك التدبير[٥] علىٰ أصلكم، بل الحق هاهنا أوجب؛ فإن المولىٰ يطأ أم ولده ويؤاجرها ويستخدمها والكل ممتنع هاهنا، وهذا لأنّ الحلف لا يتناول حكمه إِلّا الحالف[٦] بأن يمنعه من الحِنث حتّىٰ صحت بالله، والكتابة يتناول حكمها العبد إِيجابا له وعليه، إِلّا أن استِحقاق العبد لا يمنع التنفيذ[٧] للحال لأنّه بمنزلة تعجيل المؤجل كما في أم الولد ولكن يكون ذلك المستحق لأنّه لو لم يكن لكان تبديلا للمستحق وهو لا يقدر عليه.

وقد دل عليه: عتق الولد فإنه ما تبع أباه إِلّا بالعتق الواجِب بالكتابة، ألا ترىٰ أنه قبل الكتابة أو بعد فسخها لا يتبعه.

ويدلّ عليه: أن المراد بالآية رقبة مرقوقة مملوكة لأنّه لا يجوز تكفير إِلّا بعد الرق، والمِلك والمكاتب مملوك من وجهٍ دون وجهٍ. ألا ترىٰ أنّه لو قال: كل مملوك

---

[١] «ن»، «ص» (كالرق).

[٢] «ص» (المخلوق بعتقه).

[٣] «ص» (له).

[٤] «ص» (يسري).

[٥] «ن»، «ص» (المدبر).

[٦] «ن» (أنّ الحالف).

[٧] «ن» (العبد).

له حر وله مكاتبون لم يعتقوا إِلّا أن ينويهم فلا يدخل تحت مطلق المملوك كما لم تدخل العمياء تحت مطلق الرقبة لأنّها هالكة من وجه، ولأنّ التكفير لا يجوز إِلّا بملك على ما مر، والمنافِع في الكتابة خارجة عن ملكه؛ فلا يعتبر قيامها لصحة الكفّارة[1] فيصِير كرقبة لا منافِع لها كالمجنونة أو مقطوعة اليدين أو الصماء، ولا إِشكال أن المراد به تحرير تام والمكاتب حر من وجه في حقّ اليد والتكسب مرقوق من وجه فيكون تحريره تحريرا من وجه دون وجه فلا يتأدى به المطلق.

وأما علماؤنا فإنهم احتجوا بظاهر الآية ﴿أَوۡ تَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾، وفي الظهار قال تعالى: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾، وفي القتل قال تعالى: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مُّؤۡمِنَةٖ﴾ [النّساء: ٩٢]، فإنه لم يشترط فيها رقبة تباع أو رقبة [غير][2] مكاتبة والرقبة حقيقتها اسم لعضو مخصوص ويكنى بِها عن الصورة ويراد بالإطلاق الصورة المرقوقة والأمر بالتحرير نص على الرق أيضا وشيء من هذه المعاني لا يختل بالكتابة.

❁ فإن قِيل: لم قلت إن الرق لا يختل بالكتابة وهل النزاع إِلّا فيه.

❁ قلنا: لأنّ الرق صفة للذات على خِلاف العتق لا للمنافِع. ألا ترى أنّ منافِع الحر والعبد سواء يجوز بيعها بالإجارة والكتابة موجِبها للحال فك الحجر عن اليد والمنفعة فيزول حجر الرق في حقّ اليد والمنافِع فيلتحق بالأحرار؛ فأما[3] في حقّ الذّات فإنّما ينفك الحجر بالعتق وذلك معلّق بالأداء والمعلّق بالشّرط لا يصِير حقّا للعبد قبل شرطه كما لا يصِير باليمِين لعتقه[4] وكانت الكتابة

---

[1] «ص» (كفارة).

[2] ما بين [ ] ليس في «ن»، «ص».

[3] «ص»، «أ» (وأما).

[4] في «أ»: (بعتقه).

في إبطال المنفعة من العتق كالإجارة في تمليك المنفعة من البيع.

وقد دل عليه: قول النبي ﷺ: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم»(١) وبقاء المِلك للمولىٰ فيها[٢]، حتىٰ قال الشّافعي(٣) ﵀: أنه يورث، ولو كانت ابنة[٤] تحته بطل النّكاح بالإرث عِنده، وعِندي لا يورث كما لا يورث عبد أوصىٰ بعتقه بعينه. فأمّا الإعتاق[٥] فثابت علىٰ قيام المِلك للمولىٰ وحين احتملت الكتابة الفسخ ولو ثبت التحرير من وجه لامتنع الفسخ كمعتق البعض.

❁ فإن قِيل: تعليق العتق بشرط تسبب للعتق علىٰ أصلي حتّىٰ إذا علّق به صدقة جاز تعجيلها علىٰ الشرط لوجود السبب؛ إلّا أن اليمين لم يمنع التكفير لأنّه غير لازم حقّا للعبد حتّىٰ ملك المولىٰ بيعه[٦] والكتابة لازمة منعت المولىٰ بيعه[٧].

❁ قلنا: إن اليمين لازمة لا تبطل بالبيع ولو عاد فدخل[٨] الدّار عتق للزوم اليمين فإنها لا تحتمل الفسخ وهذه تحتمل[٩] لكِن من حيث أنه تعليق عتق بشرط

(١) رواه أبوداود في سننه برقم (٣٩٢٦)، والبيهقي في سننه (٣٢٤/١٠) برقم (٢١٦٧٦) عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي ﷺ قال: «المكاتب عبد ما بقي عليه من مكاتبته درهم» وحسنّه النووي كما في روضة الطالبين (٢٣٦/١٢).

[٢] «ص» (فيه).

(٣) انظر: «مختصر المزني» (٢٦٥/٨)، «الحاوي الكبير» (٧٩/٩ ـ ٨٠).

[٤] «ص» (بنت مولاه).

[٥] «أ»، «ن» (الإنفاق) والمثبت من «ص».

[٦] «ن» (معه).

[٧] «ن» (معه).

[٨] «ص» (ودخل).

[٩] «ص» (محتملة).

لم يثبت به[١] حقّ للعبد فلم[٢] يمنعه بيعه وكذلِك الكتابة من هذا الوجه بل أضعف وإِنّما امتنع بيعه لما ثبت للمكاتب من حقّ اليد للحال والمنافِع كما لو آجر عبده امتنع بيعه لمعنىٰ المنافِع وثبوت الحق للعبد من هذا الوجه لا يدل علىٰ حقّ العتق فلا يمنع التكفير به.

فإن قِيل: إنّ العبد لا يستحق ما أوجب له إِلّا بعد ثبوت حقّ العتق كما لا يستحق حقِيقة إِلّا بعد حقِيقة العتق. ألا ترىٰ أن العبد المأذون لا يستحق شيئا من ذلك وإن فك الحجر عنه لأنّه لم يثبت له حقّ العتق.

قلنا: إن المنافِع لما انفصلت عن الرقبة تمليكا بالإجارة والوصية انفصلت كذلِك فكاكا إلىٰ العبد حتّىٰ أنّ العبد المأذون عِندنا يتصرّف بحكم الفِكاك علىٰ ما عرف في موضعِه إِلّا أن ذلك فك بغير بدل فلم يكن لازما، وفي الكتابة فك ببدل؛ فكان لازما كالإعارة تمليك للمنفعة بغير بدل فلم تكن لازمة والإجارة كانت لا زمة لأنّها ببدل وإذا صح الفك التحق العبد فيه بقدره بالحر وثبت الحق له بقدره من غير أن يضاف إِلىٰ حقّ العتق الذي هو فك عن الرقبة، فثبت أن العتق المعلق بالأداء حكما بعقد للكتابة غير مستحق للعبد إِنّما المستحق له قدر ما انفك عنه للحال في حقّ اليد والمنافِع ولهذا يجِب العقر لها إذا وطئت لأنّ المستوفي منها بالوطء في حكم المستوفي منها بالجناية عليها وقدر ما زال بالجناية يصير[٣] لها لأنّها[٤] أحق برقبتها[٥] أبدا ما دامت مكاتبة فكذلِك بكل

---

[١] «ص» (بها).
[٢] «ص» (ولم).
[٣] «ص» (سبيلا).
[٤] «أ»، «ن» (أنها) والمثبت من «ص».
[٥] «ص» (برقبته).

جزء منها وإذا صار[١] أحقّ به يدا صار في حكم الكسب ولهذا يغرم المولىٰ إذا جنىٰ أو وطئ.

ألا ترىٰ أنه لو ثبت عليه يده فأمسكه أزيل عن يدِه كما لو عتق وتعاد بنفسها عن يد المولىٰ إلىٰ يدها فكذلِك في كل جزءٍ منها وكما إذا رهن جاريته فجنىٰ عليها غرم الأرش وكان رهنا مع الأصل. وكذلِك إذا وجب العقر بوطئ الأجنبي؛ لأنّ اليد للمرتهن في الأصل فكذا في الأجزاء وبدل الأجزاء.

❁ **فإن قِيل**: بحكم هذا الحق يحجر عن الإعتاق المبتدأ عِندي لما فيه من إبطال الحق اللازم كما قلت في المراهن[٢] إذا أعتق العبد المرهون أنه إذا[٣] كان معسرا لم ينفذ العتق وإن كان موسرا، فعلىٰ أحد قولي الشافعي ﵀ لا ينفذ وينفذ علىٰ القول الآخر(٤) لأنّ ذلك الحق يتأدىٰ بأداء القِيمة.

فإذا[٥] كانت الذّمة مليئة لم يكن النقل إليها إتلافا كالحوالة وهاهنا في الحالين يكون إتلافا لحق[٦] المكاتب إلّا أن يجعل ذلك الإعتاق تعجيلا للعتق المستحق بعقد الكتابة عِند الأداء؛ لأنّ قدر الثابت ثابت بالفكاكِ وبالعتق يتمّ الفكّ فيتم الحقّ، ومتىٰ جعل إعتاقا مبتدأ كان غير الأوّل فيكون إبطالا[٧] بمثله والحجر ثابت عن إبطال الحق اللازم مجانا وبمثله ولهذا نجعله كِناية عن الإبراء.

---

[١] «ن» (صارت).

[٢] «أ»، «ن» (الراهن) والمثبت من «ص».

[٣] «ن»، «ص» (إن).

(٤) انظر: «الأم للشافعي» (٢٩٩/٥)، «الحاوي الكبير» (٤٧٣/١٠).

[٥] «ن»، «ص» (وإذا).

[٦] «ن»، «ص» (بحق).

[٧] «ن»، «ص» (إن).

۞ قلنا: الآن يصير كلاما في تلك المسألة، وقد بينّا في مسألة المرتهن أن استحقاق اليد لا يمنع نفاذ العتق؛ فإنه يتم بلا يدٍ ويقع مسلما بنفسه وهو من جملة الإسقاطات واليد إنّما يحتاج إليها[١] للنقل.

ألا ترىٰ أنه لو أعتق عبدا آجره أجزأه[٢] أو أعتق عبدا آبقا أجزأه ولا يد له وفيه إبطال الإجارة[٣] لأنّها تبطل حكما لا قصدا علىٰ أنّا نسلّم أن العتق في حقّ العبد ذلك الذي ثبت بالأداء فلا يكون إبطالا في حقّه. وإن جعلنا[٤] غيره في حقّ المعتق علىٰ ما نذكره[٥] من بعد.

والدليل علىٰ قيام الرّق مطلقا: أن الكتابة تحتمل النّقض، ولو ثبت للعبد حقّ العتاق لما احتمل الرقّ[٦] كما في الاستيلاء والتدبير عندنا؛ لأنّه معتبر بحقيقته وحقيقة العتق لا يحمل[٧] النّقض، ولأنّ حقيقته تثبت بزوال الرق كلّه فحقه يثبت بنقصانه، وكل ذلك فوت فلا يحتمل العود.

۞ فإن قيل: الملك قد انتقض بالكتابة علىٰ ما ذكرنا أنه لا يدخل تحت المملوك المطلق.

۞ قلنا: والله تعالىٰ ما ذكر الملك، والحكم غير متعلق به، واعتباره زيادة

---

[١] «ن»، «ص» (إليه).

[٢] «ص» (أعتق عبدا أجزاء).

[٣] «ن»، «ص» (للإيجارة).

[٤] في «أ»: (جعلناه).

[٥] «أ»، «ن» (ما شرحنا) والمثبت من «ص».

[٦] «ن»، «ص» (النقض).

[٧] في «أ»: (لا تحتمل).

صفة كالإيمان في المسألة الأولىٰ، وإِنّما يشترط المِلك ضرورة أنّ العتق لا ينفك الملك عنه[١] إلّا في ملكه؛ فيشترط بقدر ما تتأدىٰ به الضرورة وهو ملك الرقبة لا غير دون ملك المنفعة الذي به تصير الرقبة مملوكة[٢] ملكا مطلقا، وهذا بخِلاف فوات المنافِع؛ لأنّ أصل الفوات يجعل الرقبة مالكة من وجهٍ، وهاهنا المنافِع قائمة لكنها ليست في ملكه فنجعلها[٣] غير مملوكة من وجه إِلّا أن قيام الرقبة علىٰ الإطلاق شرط ليجوز وقيام المِلك علىٰ الإطلاق ليس بشرط؛ لأنّ النص لم يتناول المِلك؛ وإِنّما يزيد الملك ضرورة أن ينفذ العتق فيزيد بقدر ما تندفع به الضرورة.

والدليل علىٰ أنه عتق مبتدأ أن البدل يسقط لفوات المعقود عليه[٤] ولو كان هذا الواقع تعجيلا لتحقق البدل.

❊ فإن قِيل: إِنّما يسقط[٥] لأنّه إبراء فما الدليل علىٰ التحرير.

❁ قلنا: صورته، فإن التحرير عِبارة عن قول الرجل[٦] حررتك إذا تحررت منه الرقبة، وقد تحرّرت عقيب[٧] قوله حررتك؛ فمن قال: إنه كِناية عن الإبراء احتاج إلىٰ الدِلالة.

ثمّ الدليل علىٰ أنه عِبارة عن نفسه لا عن الإبراء: أن المكفر من أهله وقد

---

[١] في «أ»: (لا ينفد عنه).

[٢] «أ»، «ن» (مملوكا) والمثبت من «ص».

[٣] «ن»، «ص» (فيجعلها).

[٤] «ص» (اليد تسقط بفوات المعقود عليه).

[٥] «ن»، «ص» (سقط).

[٦] «ص» (القائل).

[٧] «ص» (عقب).

أرسله في محِلّه وهو رقبة مرقوقة وقد وجد شرط النفاذ عليه، وهو ملك الرقبة بقدر ما يحتاج إليه على ما مر.

ولأنّه لو قال له: إن دخلت[١] الدّار فأنت حر فدخل عتق، والإبراء لا يتعلق بالشرط[٢] وكذلِك العتق متى جعل كِناية عن الإبراء لم يتعلق بالشّرط كما في الورثة فإن لم يسلموا في الورثة وزعموا أن الإبراء متى كان يقع بلفظ العتاق[٣] صح التعليق[٤] بالشّرط.

۞ قلنا: إنّ اللفظ متى صار مجازا عن غيره قام مقامه وعمل عمله كأنه هو، ولا يبقى للحقِيقة فيه حكم بوجه، وإذا كان كذلِك سقط اعتبار أنه إعتاق، فلم[٥] يجز التعليق بشرط الاعتبار[٦] معنى العتاق[٧] وليس هذا كمن يقول لآخر: أعتق عبدك عني بألف درهم فأعتقه؛ فإن الشراء[٨] يثبت[٩] في ضمن العتاق[١٠] بلا قبول[١١]؛ وإن كان صريحُهُ لا يثبت إلّا بقبولٍ؛ لأنّ الإعتاق[١٢] ما صار كِناية عن الشِّراء بل هو ثابت بنفسه حقِيقة؛ وإنّما يثبت الشِّراء مقتضى به فتم بتمام الإعتاق

[١] «ن»، «ص» (دخل).
[٢] «ن»، «ص» (بالشروط).
[٣] «ن»، «ص» (العتق).
[٤] «ن»، «ص» (والتعليق).
[٥] «ن»، «ص» (ولا).
[٦] «ن»، «ص» (لاعتبار).
[٧] «ن»، «ص» (الاعتاق).
[٨] «ن»، «ص» (الشرط).
[٩] «ن»، «ص» (ثبت).
[١٠] «ن»، «ص» (التعلق).
[١١] «ن»، «ص» (بالقبول).
[١٢] «ن»، «ص» (العتاق).

في نفسه لما ثبت الإعتاق بحقيقته وأنت تقول إن الإعتاق لا يثبت هاهنا.

وكذلك الاختلاف ثابت فيما إذا قال له قبل أن يكاتبه: أنت حر عن الكفّارة إن دخلت الدّار ثمّ كاتبه ثمّ دخل الدّار فعتق لم يجز عِندك، وعِندنا يجوز وحين ما حلف صح تعليق التحرير بالدخول بلا مانعٍ؛ حتّىٰ لو دخل قبل الكتابة صح التكفير به[١] وذلك تعليق لا يمكن رفضه[٢] ولا يحتمله فيبقىٰ كذلِك فمتىٰ وقع كان إعتاقا كما كان، ولا يصِير شيئا آخر.

ولا يلزم إذا دبر العبد ثمّ دخل الدار لأنّه إعتاق؛ إلّا أن الرق قد انتقض بالتدبير؛ فلم يجز كما لو انتقضت الصورة بالعمىٰ إذ التعليق لا يمنع النقصان ولا الإزالة أصلا بسبب آخرٍ.

والذي يوضحه أنّه[٣] لو أعتق نصف مكاتَبِهِ عتق، ولو أبرأ عن نصف الكتابة لم يعتق شيء منه كما لو قبض الكل إلّا درهما[٤]؛ وكأحد الورثة إذا أعتق نصيبه لم يعتق؛ لأنّه إبراء[٥] فثبت أنه إعتاق مبتدأ، وليس بتنفيذ للعتق المتعلق بأداء الكتابة والمتعلق[٦] بشرط لا يتصوّر تأدِّيهِ بحكم سببه قبل الشرط؛ لأنّ سببه قبل الشرط ليس بسبب حكما ولا عِلّة؛ وإنّما هو يعرض أن يصِير سببا كالحكم المتعلق بعِلّة ذات أوصاف لا يتصوّر تأدِيهِ بحكم العِلّة ببعض الأوصاف وهذا من باب ما لا يجوز.

---

[١] «ن»، «ص» (له).

[٢] في «أ»: (رفعه).

[٣] «ص» (إذا).

[٤] «ص» (درهم).

[٥] «ص» (أبرأ).

[٦] «ص» (فالمتعلق).

❁ فإن قِيل: المريض لو أعتق عبده ولا مال له غيره ومات منه[١] لم يعتق والمِلك قائم لثبوت حقّ الورثة.

❁ قلنا: المريض محجور عن التّصرف المبطل حقّ الوارث لشبه المرض[٢] بالموت، ولو نفذ العتق لم يمكن نقضه، فبطل حقّ الورثة عن الثلثين فلحقه الحجر لشبه الموت وزوال المِلك عن الثلثين؛ وصار عتقه بمنزلة إعتاق عبدٍ بين مشترك[٣] وفيما يحتمل[٤] النقض من التّصرفات يعتبر حاله بحالِ الصّحة لإمكاننا[٥] تدارك حقّ الورثة بالنقض فيبقىٰ[٦] علينا عتق أولاد المكاتب.

والجواب عنه: أن هذا الإعتاق[٧] في حقّ المكاتب هو ذلك العتاق الذي تعلق بالأداء؛ لأنّ العتاق واحِد؛ فلا يختلف في نفسه موجودا وإنّما تختلف أسباب وجوده؛ فإن الشيء الواحِد يجوز أن يثبت بعلل مختلفة فإنما[٨] نحن ندعي أنه وجد بسبب غير ذلك السبب فصار غيره في حقّ الإضافة إلىٰ سببه فيصِير غيرا في حقّ المولىٰ؛ لأنّ الذي يوجد[٩] منه الإعتاق الذي هو عِلّة الإعتاق[١٠]؛ وهذا الإعتاق غير ذلك الذي أوجد[١١] عقد الكتابة، وإن[١٢] لم

[١] «ص» (إذا).
[٢] «ص» (لشبهة المريض).
[٣] «ص» (شريكين).
[٤] «ص» (يحمل).
[٥] في «أ»، «ن» (لا مكاتبا) والمثبت من «ص».
[٦] «ن»، «ص» (فبقي).
[٧] «ن»، «ص» (العتاق).
[٨] «ن»، «ص» (وإنما).
[٩] «ن»، «ص» (يوجد).
[١٠] «ن»، «ص» (العتاق).
[١١] في «أ»، «ن» (أوجبه) والمثبت من «ص».
[١٢] في «أ»: (وإنه).

يخاطب بحق الكفّارة إلّا بالإعتاق الذي هو عِلّة العتاق، وهذا الإعتاق غير، ولهذا سقطت الكتابة؛ لأنّها لا تجب للمولىٰ وجعل في حقّ المولىٰ هذا غير ذلك.

فأما المكاتب فلا يثبت له الإعتاق وإنّما يثبت له العتاق الذي هو بحكم العِلّة والعتاق[١] واحِد بأي عِلّة وجد؛ فصار في حقّ المكاتب هو ذلك الذي تعلّق بأداء الكتابة ضرورة أنه واحِد فعتق به أولاده لما صار في حقه ذلك العتق بعينه، وهذا كما قاله علماؤنا في المرأة إذا وهبت الصداق للزوج قبل الدخول بِها ثمّ طلقها الزوج لم تغرم نصف المهر للزوج، وكذلِك إذا كان الصداق عينا فقبضت ثمّ وهبت ثمّ طلقها الزوج لم يغرم[٢] نصف المهر[٣]، وإن كان التمليك بالهبة والإبراء غير الذي ثبت[٤] للزوج بالطلاق من انفساخ سبب المِلك لها لأنّه في حق الزوج واحِد؛ لأنّ البراء عن الدين لا يكون إلّا واحِدة بأي سبب ما ثبت فجعل في حقّ الزوج كأنه برئ بالطلاق لما برئ مثل براءة[٥] الطلاق سبب[٦] آخر وكذلِك في ملك الهبة، وإن كان المِلك يختلف في الجملة لما ملك بالهبة مثل المِلك بانفساخ السبب، وهو المِلك بلا عوض جعل في حكمه، وإن كان غيره حقِيقة لاتحاد المعنىٰ.

وكذلِك البائع إذا أبرأ المشتري عن الثمن ثمّ تفاسخا البيع لم يلزم البائع

---

[١] «ص» (العتاق).

[٢] في «أ»: (تغرم).

[٣] «ن»، «ص» (النصف).

[٤] «ص» (يثبت).

[٥] «ن» (براء).

[٦] في «أ»: (بسبب).

رد الثمن وإن كان سبب السقوط[١] عن المشتري في حقّ البائع غير الفسخ لأنّ الساقط واحِد في حقّ المشتري، فإن لم يسلموا هذه الفصول رجع الكلام إليها وهي سر المسألة ومزل القدم؛ فقد صار العتاق في حقّ المكاتب تعجيلا للعتق المستحق وذلك لا يكون كفّارة، وفي حقّ المولىٰ إعتاقا مبتدأ وذلك لا يكون ما استحق بالكتابة[٢]؛ فلم يجز الاعتبار بأحد الشبهتين[٣] بل اعتبر في حقّ المولىٰ بإعتاق غير مكاتب فلا يجِب البدل له ويجوز عن كفارته وفي جانب[٤] المكاتب بالعتق عن كِتابة؛ فيعتق معه أولاده وصار شرط عتق الأولاد أن يعتق وهو مكاتب لا أن يعتق عن كتابة كما قيل فيما يستحق المشتري بالفسخ من البراءة أن الحد أن يبرأ بلا عوضٍ لا[٥] أن يبرأ بسبب الفسخ.

وهذا كما قلنا فيمن قتل جماعة عمدا قتل بهم جملة، وصار كل واحِد منهم مستوفيا تمام حقّه؛ لأنّ سبب القتل من كل واحِد كامل، وهو جرح اتّصل به الموت، والروح المأخوذ به واحد لا يقبل التجزؤ؛ فأضيف إلىٰ كل واحِدٍ من الأسباب كملا فكذلِك هذا لا يقبل التجزؤ، وقد ثبت له سببان إعتاق المولىٰ، وكتابة العبد في حقّه في أن لا يبطل عليه، فإذا حصل أضيف إلىٰ كل واحِد كملا كأنه ليس معه غيره علىٰ ما أوضحنا في مسألة القصاص(٦).

ولا يلزم علىٰ هذا إذا أدّىٰ بعض الكتابة لأنّ الحسن بن زياد روىٰ عن أبي حنيفة أنه تجزئه، ولأنّ ما يأخذ المولىٰ فإنّما يأخذ بدلا عن العتق، وهذا العتق

[١] «ص» (يثبت).
[٢] «ص» (كتابة).
[٣] في «أ»: (الشبهين).
[٤] في «أ»: (في حق).
[٥] في «أ»: (إلا).
(٦) كما في مسألة قتل الجماعة بالواحد.

في حقّ المكاتب هو[١] المستحق بالكتابة على ما ذكرنا فيصِير عتاقا ببدل في حقه فلا يجوز كما لو أنشأ عتقا ببدل ، وأمّا الوارث فلا يملِك المكاتب فلا يملِك إعتاقه بلا ملك فيصِير كِناية عن إبراء الكتابة التي ملكها.

والذي يوضحه أن الإعتاق إزالة رق وإتلاف ملك لا غير ، فلا يكون من حكمه إلّا عدم ما كان ، فأما وجود غيره فلا يكون حكما له حقِيقة وإنّما يثبت بحكم المضادة ، كالحركة لا تكون موجِبة ذهاب السكون ، وإذا لم يكن وجود العتق في[٢] حكم الإعتاق يلزم[٣] ضرورة زوال الرق ثبوت الحرية الذي يكون[٤] لنا قبل الرق لم يختلف حكم العتق[٥] باختلاف الإعتاق.

وكذلِك براءة الذمة ليست بحكم الإبراء بل الإبراء يوجِب إتلاف ملكه في ذمته ؛ فإنه تصرّف فيما ملك ، وإذا تلف ملكه وزال الشغل ثبتت البراءة الأصلية للذمة التي كانت قبل الشغل فلا يختلف باختلاف الأسباب المسقطة للملك ، وأما الوارث فلا يملِك عِندنا المِلك فلا يملِك إعتاقه بلا ملك ؛ فيصِير كِناية عن إبراء الكتابة التي ملكها.

[٨٣٨] **مسألةٌ:** ومن هذا القبيل شراء القريب الذي يعتق عليه بنية التكفير ؛ فإنه تكفير صحيح[٦] عِندنا.

---

[١] «أ» (هذا) والمثبت من «ن» ، «ص».
[٢] في «أ» «ص» (من) ، والمثبت من «ن».
[٣] في «أ»: (بل من).
[٤] «ص» (التي تكون).
[٥] «ص» (الرق).
[٦] «ص» (يكون تكفيرا صحيحا).

وعِند الشافعي[١] رَحِمَهُ اللَّهُ لا يكون تكفيرا، وهو قول أبي حنيفة الأول؛ لأنّ الله تعالىٰ أمر بالتحرير وهذا يشتري، وهما مختلفان متضادان أحدهما سبب ملك، والآخر سبب إبطال؛ ولأنّ العتق وقع حكما للملك؛ فلا يصح به التكفير كما إذا ورثه، وكما إذا قال له: إن ملكتك فأنت حر ثمّ اشتراه ينوِي عن الكفّارة علىٰ أصلك.

والدليل علىٰ أن العتق وقع حكما للملك: أنه لو اشترىٰ لغيره أو علىٰ أن البائع بالخيار حتّىٰ لم يملِك لم يعتق وإذا ملكه بسبب غير الشِّراء عتق، ولا خِلاف في هذه الجملة أن الشِّراء لا يوجِب العتق بنفسه بل بواسطة المِلك، قال: ولأنّ العتاق مستحق عليه بحق الوصلة والتكفير لا يقع بعتاق مستحق علىٰ ما مر في المسألة الأولىٰ، وكما إذا حلف؛ فقال: إن اشتريتك فأنت حر ثمّ اشتراه ينوي عن الكفّارة لم يجز لأنّ العتق عِند المِلك يصِير مستحقا باليمِين، وإن لم يكن قبل ذلك مستحقا فصرفه إِلىٰ الكفّارة لا يجوز، وهذا كان مستحقا قبل ذلك بالقرابة فأولىٰ أن لا يجوز.

والدليل علىٰ أن العتق مستحق بالقرابة: أنّ العتاق صلة للقريب فيكون مستحقا بالقرابة كالنفقة فإنها تجب بسبب قرب مخصوص من ولاد أو زوجية؛ ولأنّ النبي عَلَيْهِ السَّلَامُ سمىٰ هذا العتاق جزاء الأبوة في قوله: «لن يجزي ولد والده إلّا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه»[٢] والجزاء يكون مستحقا بسببه كجزاء الأعمال في الأجزاء، والقطع يسمىٰ جزاء السرقة؛ فكان مستحقا بها[٣]؛ فكذلِك هذا

(١) انظر: «مختصر المزني» (٨/٤٣٠)، «الحاوي الكبير» (١٨/٧١).
(٢) سبق تخريجه.
[٣] «ص» (به).

العتق جزاء الأبوة فيكون مستحقا بها.

وكذلِك العبد إذا كان بين اثنين فادعاه أحدهما عتق، وضمن للآخر نصيبه كما لو أعتقه فعلم أن القرابة سبب للعتق، وبها يقع العتق حيث ضمن المدعىٰ ولأنّ المِلك شرط العتق لأنّه هو المستحق بالإعتاق، والمحلّ يكون شرطا لنفاذ السبب الموجِب لا[١] أن يكون عِلّة وكملك[٢] المال شرط أن يؤخذ منه النفقة الواجِبة بسببها، والمشتري إذا[٣] أوجد شرط العتق فلا يصِير به معتقا؛ لأنّ الحكم يضاف إِلىٰ العِلّة دون الشرط. ألا ترىٰ أنه إذا أضاف العتق إِلىٰ الشِّراء عِندكم ثمّ أوجد شرط العتق فاشترىٰ لا يصير به[٤] مكفرا إِلّا أن يكون نوىٰ عِند اليمِين التكفير.

ولا يلزم قولنا: إن من اشترىٰ بعض أبيه ضمن لشريكه لأنّ ذلك الضمان عِندنا ضمان إتلاف المِلك؛ لأنّه لا يضمن إِلّا أن يكون موسرا فعتق[٥] الكل بإعتاقه وتلف ملك الآخر به، وضمان الإتلاف يجِب علىٰ صاحِب شرط التلف إذا كان تعديا، ولم يكن السبب تعديا يمكن إضافة الضمان إليه.

ألا ترىٰ أن من حفر بئرا علىٰ الطريق فسقطت فيها دابّة فتلفت ضمن الحافر وعِلّة السقوط مرور الدابّة بمكان الحفر لا عمق ذلك المكان بل العمق شرط السقوط لأنّ استمساكها كان بالأرض فأزال شرط المسكة بالحفر. ألا ترىٰ أنّه لو

---

[١] في «أ»: (إلا).

[٢] «ص» (وكمالك).

[٣] «أ» (إنّما) والمثبت من «ن»، «ص».

[٤] «ص» (لم يكن).

[٥] «ن»، «ص» (فيعتق).

دفع الدابّة دافع حتّىٰ وجد الحصول بمكان العمق بتعد[١] يصلح سببا للضمان لم يكن علىٰ الحافر شيء لأنّه صاحِب شرط التلف لا العِلّة.

وكذلِك من علق قنديلا فقطع حبله إنسان أو حله حتىٰ سقط فانكسر ضمن، والقاطع أوجد شرط السقوط بإزالة العلقة كالذي يوجد شرط العتاق حتّىٰ تنحل اليمِين وتزول العلقة ومع ذلك ضمن لأنا لم نجد سببا يمكننا إضافة الضمان إليه وكذلِك هاهنا لا يمكن إضافة الضمان إلىٰ الولاد الذي لا تعدي فيه، فأضيف إلىٰ المِلك الذي هو شرطه حتّىٰ إذا كان إثبات الولاد بسبب هو تعدي في الظاهر نحو أن يدعي عبدا بينه وبين غيره ضمن بإِثبات الولاد؛ فثبت أن صاحِب الشرط قد يضمن، ولكن لا يصِير به مكفرا به بحال؛ لأنّ الجزاء الثابت بالشرط يكون مستحقا بعلته فيبطل[٢] التكفير به وإن أضيف الوجود إليه بشرطه؛ لأنّ الموجود يستحق بسبب آخر كما إذا أعتق مدبرا لم يجز وهو إعتاق مبتدأ، ويضمن به نصيب شريكه؛ لأنّ العتق كان مستحقا بسبب آخر فمنع.

فكذلِك[٣] يمنع الجواز بإيجاد الشرط وإن أضيف إليه[٤] الإيجاد والإعتاق إذا لم يجد سببا آخر يصلح إضافة الوجود إليه، والذي يوضحه أن الأمة عِندكم تستحق حقّ العتق بالاستِيلاد بالنكاح متىٰ ملكها المستولد، والأب يستحق حقيقه العتق متىٰ ملكه الابن، فكان هذا فوق ذلك ثمّ الأدنىٰ منع الصرف إلىٰ الكفّارة؛ فهذا أولىٰ أن يمنع.

---

[١] «أ» (يتعدىٰ) والمثبت من «ن»، «ص».

[٢] «ن»، «ص» (فبطل).

[٣] «ن»، «ص» (وكذلك).

[٤] «ن» (وإليها).

وبيانه لو قال عِندكم لأمة استولدها بنكاح إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارتي فاشترىٰ[١] فعتقت[٢] بذلك التحرير السابق الذي عينه للكفّارة لم يجز[٣]، فأولىٰ أن لا يجوز الآن إذا قال له: إن اشتريتك فأنت حر عن كفارتي، وعِندكم يجوز، وكذلِك إذا وقع بالشِّراء لأنّه؛ لا يكون فوق الواقع بصريح التحرير.

هذه شبه الخصم وكلها كلمات معنوية.

ولعلمائنا[٤]: أنه بالشِّراء حرر رقبة علىٰ قدر ما لزمه بالنص فخرج عن العهدة.

والدليل علىٰ التحرير: أنّ الشِّراء يوجِب المِلك والمِلك يوجِب العتق فيصِير العتق مع علته وهو[٥] المِلك حكمين مضافين[٦] إلىٰ الشِّراء، كالرمي يوجِب نفوذ السهم ومضيه في الهواء، والمضي سبب الوقوع في المرمىٰ[٧]، والوقوع سبب انخراق[٨] الصورة، وذلك سبب الموت فيضاف ذلك كله إلىٰ الرمي الذي هو العِلّة الأولىٰ فيصِير الموت بالواسطات كلها حكما للرمي فيصِير الرامي قاتلا كأنه جز رقبته بالسيف؛ فيلزمه أحكام المباشرة من القصاص الذي

[١] «ص» (فاشتراها).
[٢] «ن» (فعتق).
[٣] «ص» (فإن لم).
[٤] «ص» (ولنا).
[٥] «ص» (وهي).
[٦] «ن»، «ص» (يضافان).
[٧] «ص» (الرمي).
[٨] في «أ»: (امّزاق)، «ن» (انهراق)، والمثبت من «ص».

لا يجِب مع الشبهة.

فثبت أن السبب متىٰ أوجب الحكم بواسطة أو بغير واسطة كان واحِدا في حقّ الإضافة إليه ثبوتا إذا كانت الواسطة ثابتة بالعِلّة الأولىٰ وإنّما لا يضاف إلىٰ الأولىٰ إذا كانت الواسطة ثابتة لا بالعِلّة الأولىٰ كشراء العبد المحلوف بعتقه لا يضاف إليه العتق[١]؛ لأنّ العتق ثابت باليمين السابق وذلك لم يثبت موجِبا بالشّراء وهاهنا العتق ثابت بالمِلك الثابت بالشّراء لا بالقرابة السابقة التي لم تثبت بالشّراء، وهذا مزل القدم الخاص بهذه المسألة.

والدليل عليه أن العتق صلة وإنّما يجِب بعد المِلك[٢] والقرابة وللملك تأثير في إيجاب الصلات فإن الزكاة تجب صلة للفقراء وتجب بالملك، وللقرابة أيضا تأثير علىٰ ما قلته فإذا ظهر الحكم عقيبهما ولكل واحِد منهما تأثير في إيجاب الصلات وجبت الإضافة إليهما ولم يجز أن يجعل أحدهما عِلّة والآخر شرطا إلّا بدليل ثبوت التأثير لأحدهما دون الآخر كشرط الحِنث بعد[٣] اليمين، فإنا[٤] لم نجد لدخول الدّار تأثير[٥] إيجاب العتق ووجدناه للإعتاق أضفنا العتق إلىٰ قوله أنت حر وجعلنا الآخر شرطا وعلما محضا في حقّ وجوب العتق للعبد.

ولهذا قلنا إذا كان عبد بين اثنين فادعاه[٦] أحدهما ضمن للآخر سبب إثبات القرابة، وإذا كانت القرابة سابقة فاشترىٰ نصفه والنصف لغير البائع ضمن

---

[١] «أ» (إلىٰ الشراء)، «ن» (الشراء)، والمثبت من «ص».

[٢] «ن»، «ص» (بالملك).

[٣] في «أ»: (مع).

[٤] زاد في «أ»: (لما).

[٥] في «أ»: (تأثيرًا في).

[٦] «أ»، «ن» (فادعىٰ) والمثبت من «ص».

سبب إِثبات المِلك لأنّ العِلّة إذا كانت ذات وصفين فالوجوب يضاف إلىٰ آخرهما وجودا ، فإن كان المِلك سابقا وجب العتق بالقرابة وإن كانت القرابة سابقة وجب العتق بالمِلك وهذا كشاهدين شهِدا بنسب رجل فورث بذلك النسب وحجب الأبعد ثمّ رجع الشهود ، فإن كانا شهِدا به بعد موت المورث ضمن الشّاهِدان للأبعد ما أتلفا عليه من الإرث وإن كان قبل الموت لم يضمنا شيئا ؛ لأنّ الإرث ثبت بالموت والنسب جميعا فإن كان الموت ثابتا أضيف الإرث إلىٰ النسب فصارا[١] متلفين علىٰ الأبعد بإِثبات نسب الأقرب ، وإن لم يكن الموت ثابتا كان الإرث مضافا إلىٰ الموت الثابت بعد النسب ؛ فلم يصِر الشّاهِدان متلفين لأنّ الموت لم يثبت بشهادتهما ، فكذا[٢] هذا ، إلا[٣] أن هذا يصلح ترجيحا بعد الحجّة ، ولا يصلح لابتِداء الحجّة ، لأنّ الشافعي ﷺ بين أن الضمان قد يجِب علىٰ صاحِب الشرط فوجوب الضمان بالشِّراء لا يدل علىٰ أن المِلك عِلّة .

وإِنّما الحجّة ما قلنا أن المِلك سبب مؤثر في إِيجاب الصلة كالقرابة فيضاف إليهما جميعا إذا اجتمعا وثبت الحكم عقيبهما وانعدم بأيهما انعدم ، ولم يجز جعل أحدهما شرطا والآخر عِلّة إِلّا باختصاص التأثير[٤] بأحدهما دون الآخر .

فثبت أن هذا الشِّراء إعتاق لا علىٰ سبِيل الكناية عن الإعتاق بل بواسطة إِيجاب عِلّة العتق وهو[٥] المِلك ، وثبت بما قلنا أن الحكم لا يتغير بالواسطة بوجه من الوجوه متىٰ كانت الواسطة ثابتة بالأولىٰ وكانت عِلّة ولم تكن شرطا ،

---

[١] «ص» (فصارا الشاهدان).
[٢] «ن»، «ص» (لا).
[٣] في «أ»: (إلا).
[٤] «ص» (السائر).
[٥] «ن»، «ص» (ووهي).

وهذا كالرمي هو غير القتل في الأصل، ولكن رمي الحيوان يكون قتلا والجماع غير الإفطار في الأصل؛ ولكن جماع الصائم يكون إفطارا فكذلك[١] الشِّراء غير الإعتاق، ولكن شراء الأب إعتاق وكان العتق به مضافا إلى الشِّراء دون الواسطة وإن كانت الواسطة لو تفردت أوجبت كما في المسائل التي ذكرها[٢] فإن وقوع السهم في إنسان لو حصل بريح أو بسبع[٣] كان قتلا وكان هدرا، وإذا حصل برمي إنسان جعل[٤] بمنزلة ما لو جز رقبته ولم يضف إلى السهم بوجه وكان الرامي قاتلا حقيقة لا مجازا ولأنّه[٥] لا يتصوّر إعتاق الأب[٦] إلّا بهذا الطريق كما لا يتصوّر إفساد الصوم بفعل يقصد له لا يتناول غيره بل بفعل يتناول المأكول أو المرأة ويخلو عن معنى الفطر إذا لم يكن صائما.

ثمّ لا يصير قولنا أكل الصائم إفطار عبارة عن الإفطار مجازا بل يصير عبارة عنه حقيقة لكن[٧] بواسطة أن يكون الآكل صائما فكذلك الشِّراء إعتاق بواسطة أن يكون المشتري أباه وهذا كما لا يكون إعتاق البهيمة إعتاقا وإن تلفظ به لتغير المحلّ.

فثبت أن اللفظ من حيث معنى اللّغة والشريعة يصير سببا آخر بالمحل وهذا كالقطع عبارة عن فعل يفصل[٨] البعض عن البعض، وقطع الرقبة عبارة عن القتل

---

[١] «ص» (وكذلك).

[٢] في «أ»، «ص»: (ذكرناها)، والمثبت من «ن».

[٣] «ص» (سبع).

[٤] «ص» (حصل).

[٥] «ص» (ولأنه).

[٦] «ن»، «ص» (الآباء).

[٧] «ن»، «ص» (ولكن).

[٨] «ص» (فصل).

الذي يبدل صفة الشخص من الحياة إِلىٰ الموت وليس في الموت فصل البعض عن البعض فبالإضافة إِلىٰ محِلّ خاص صار عِبارة عما تبين عنه الأجزاء فيصِير قولنا قطع رقبته وأحرقه واحِدا لغة وشريعة أي قتله.

فأمّا قولهم إن العتق مستحق فليس بقوي لما ذكرنا أن الاستِحقاق علىٰ الابن لا يثبت إِلّا بتمام العِلّة وهي[١] القرابة والمِلك جميعا ولا استِحقاق علىٰ الابن[٢] حين الشِّراء فإنه لا يؤمر به، والشِّراء إعتاق فكان إعتاقا غير مستحق ثمّ ثبوت العتق حقّا للعبد بعد الإعتاق قائم في كل إعتاق فإنه حكمه فلا يمتنع[٣] به الجواز.

وأما قولهم: إن العتاق جزاء الأبوة فنعم في حقّ الأب العتق حقه بالأبوة، وأما الابن فلم يكن عليه الإعتاق بالبنوة قبل المِلك ليكون[٤] واجِبا عليه بدِلالة أنه لا يؤمر بالشِّراء وإن قدر عليه، وإِنّما يجِب عليه بالمِلك فحين التملك لا وجوب، والتملك إعتاق فلم يكن واجِبا، ثمّ جائز[٥] أن يكون العتاق للأب ثابتا في حقه جزاء الأبوة[٦] وفي حقّ الابن كفّارة بإعتاقه ابتِداء غير واجِب عليه علىٰ ما[٧] ذكرنا في المسألة الأولىٰ أن إعتاق المكاتب تكفير والعتاق في حقه كفّارة، وفي حقّ المكاتب هو الثابت له بالكفارة[٨] علىٰ سبِيل التعجيل، وأنه أصل ثابت

[١] «أ» (وهو)، والمثبت من «ن»، «ص».
[٢] في «أ»: (الأب).
[٣] «ص» (تمنع).
[٤] «ص» (فيكون).
[٥] «ن» (جائزا).
[٦] «ص» (للأبوة).
[٧] «ص» (لما).
[٨] «ص» (بالكتابة).

في الحكم إذا ثبت يعلل أنه يضاف إلىٰ كل عِلّة كأنه ليس معه غيره.

وكذلِك الرّجل إذا كان له أخ فقير لزمته نفقته فأعطاه زكاة ماله أجزأته[١] وتكون تزكية في حقّ المؤدىٰ ونفقة في حقّ الآخذ.

وكذلِك الموهوب له إذا عوض الواهب كان تعويضا من قبله والواهب يأخذه هبة لا بدل بإزائه.

❁ فإن قِيل: فالابن إذا يجازي أباه فلا يكون بمنزلة المعتق لا جزاء.

❁ قلنا: إن الجزاء ليس بواجِب عليه قضاء لما ذكرنا أنه إن شاء اشتراه وإن[٢] شاء لا، فإذا قصد التكفير بالشِّراء لم يصِر جزاء بل كان عما قصد كالموهوب له إذا وهب للواهب ولم يقصد الجزاء، لا يكون جزاء بوجه وهذا بخِلاف ما إذا ورث لأنّ الإعتاق عِبارة عن فعل منه به يعتق العبد ولا فعل منه بالإرث[٣] فلا يضاف إليه بل إلىٰ الله الذي أوجب الإرث، وليس هذا بنظير شراء أم الولد لأنّ نقصان رقها[٤] يقع بسبب[٥] الابن لا بملك المولىٰ، وإنّما ملك المولىٰ شرط النفوذ كالشِّراء في العبد المحلوف بعتقه إن اشتراه.

قال النبي ﷺ لأم الولد «أعتقها ولدها»(٦)؛ ولهذا تضاف إلىٰ ولدها عِند تعرف ما تغير من أحكامها؛ لأنّ السبب هو الولد وأضاف عتق الأب إلىٰ شراء

[١] «ص» (أجزأه).
[٢] «ن»، «ص» (فإن).
[٣] «ن»، «ص» (في الإرث).
[٤] «ن» (برقها).
[٥] «أ» (بنسب) والمثبت من «ص»، «ن».
(٦) سبق تخريجه.

الولد على ما روينا؛ ولأن ملك المملوك لا يوجِب الصلة له بإزالة المِلك إليه بحال إذ لو أوجبه لما تحقق المِلك على أحد وإذا أنفق عليه أنفق من ملكه، وإن سلم إلى العبد ليحيى به ملكه كما ينفق على نفسه.

والمعنى بقولنا «صلة»: أن يزال المِلك إلى المستحق صلة له كما في فصل الزكاة ونفقة الآباء والأولاد.

❁ فإن قِيل: لو قال لعبده إذا جاء غد فأنت حر، ثمّ قال: إذا جاء غد فأنت حر عن الكفّارة، فجاء غد لم يجز عن الكفّارة، ولم نقل يكون العتاق مضافا إلى كل واحِدة من اليمِينين كأنه ليس معه غيره[١] فيجوز في اليمِين[٢] الثانِية.

❁ قلنا: المسألة على هذا التفصيل لا تروى، ثمّ الجواب أنه صرف إلى الكفّارة العتق الذي يكون بعده[٣] مجيء غدٍ، وذلك العتاق مستحق عليه لا خيار له فيه، فلا يملِك صرفه إلى غيره بتصرف من قبله، كما لا يملِك بالنية عِند الشرط أو قبله بخِلاف مسألتنا هذه؛ فإن عتق الأب بحق الأبوة غير مستحق حال ما يشتريه، وكذلِك إعتاق المكاتب قبل أن يؤدي الكتابة بغير[٤] مستحق عليه، فملك مباشرة سبب الاستِحقاق على الوجه الذي أراده فاجتمع السببان صحيحين شرعا.

والدليل على أن المشتري معتق: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال «لن يجزي ولد والده إلّا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه»(٥) أي يعتقه بالشِّراء فإنه لا يوجد

---

[١] «ص» (كأنها ليس معها غيرها).

[٢] «ص»، «أ» (باليمين).

[٣] في «أ»: (بعد).

[٤] «ص» (فغير).

(٥) سبق تخريجه.

منه فعل إعتاق بعد الشراء[١] وهذا كما يقال: علمه فهداه وسقاه فأرواه، أي: بالسقي.

❁ فإن قِيل: كما سماه معتقا فقد سماه مجازيا فلا يكون مكفرا.

❁ قلنا: سماه مجازيا إذا لم يصرف إلىٰ الكفّارة، وقد صح الصرف إلىٰ[٢] ما ذكرنا؛ فلم يبق مجازيا.

❁ فإن قِيل: لو أكره رجل رجلا بوعيد تلف علىٰ شراء أبيه فاشتراه عتق ولا يضمن المكرِه شيئا.

❁ قلنا: إن نوىٰ الابن بالشِّراء تكفيرا يصِير مختارا[٣] ويزول حكم الكره، وإن لم يرد به شيئا فالعتق يقعع جزاء للأب لما ذكرنا أن العتق في حقّ الأب جزاءً لا محالة وإنّما يصِير[٤] غيره في حقّ الابن[٥] بنيته؛ فإذا عدمت النية وقع جزاءً كان واجِبا عليه مع المِلك، فلا يجِب الضمان علىٰ المكره[٦] وقد قضىٰ[٧] واجِبا عليه كما لو أكرهه علىٰ العتق عن كفّارة، وهو أدنىٰ ما يجوز في الكفارات لا يضمن شيئا إلّا أنه لا وجوب قبل المِلك حين الشِّراء، والشراء إعتاق علىٰ ما قلنا فصحت النية حين لا استِحقاق.

---

[١] «ص» (بعده).
[٢] «ص» (علىٰ).
[٣] «ص» (ليصير مجازيا).
[٤] «ص» (يصيره).
[٥] في «أ»: (الإذن).
[٦] «ن»، «ص» (بحكم الكره).
[٧] «ص» (مضىٰ).

والدليل على كمال الرقبة بقدر ما يجوز به التكفير أن مسألتنا في رقبة لو أعتقها البائع عن كفارة[١] أجزأه ولم يتغير حاله بالشِّراء في ذاته ولا في وصفه؛ إلّا أنه عتق بإعتاق الابن ونقصان يكون بالإعتاق لا يمنع التكفير فإنه هو التكفير بالتحرير بعينه؛ فعلمت[٢] أن المسألة الأولى، وهي اعتبار شرط الإيمان ينبني على أن المطلق هل يحمل على المقيد أم لا ما للمقايسة فيها مدخل فإن الحمل واجِب عِنده بدِلالة اللفظ.

ومسألة المكاتب تبتنى[٣] على أن العتاق الواقع يكون في حقّ المكاتب هو الذي كان يقع له بالأداء والإبراء وهو إعتاق واحِد فلم يجز أن يجعل واقعا كفّارة.

ومسألة الأب تبتنى[٤] على أن عتقه لا بد أن يكون[٥] جزاء الأبوة في حقه؛ فلم يجز أن يكون كفّارة وأنه أمر ظاهر، ومن مذهبنا أن لا دِلالة في القيد على تقييد غيره على ما عرف والعتاق الواحِد يجوز أن يكون مضافا إلى سببين كذلك إلى كل واحِد منهما إذا صح السببان، وقد صح سبب التكفير لأنّ الشِّراء إعتاق على ما قلناه[٦]، ولم يكن على الابن حين الشِّراء استِحقاق ليمنعه من صرفه إلى غيره وكذلِك[٧] إعتاق المولى المكاتب، والله أعلم.

---

[١] «ص» (كفارته).

[٢] «ن»، «ص» (فعلم).

[٣] «ن»، «ص» (تبنى).

[٤] «ن»، «ص» (تبنى).

[٥] «ن»، «ص» (يقع).

[٦] «ن»، «ص» (ذكرناه).

[٧] زاد في «أ»: (عند).

[٨٣٩] مسألةٌ: إذا قال لآخر: أعتق عبدك عني بألف درهم عن كفّارة فأعتقه صح التكفير به وكان وكيلا عنه بالإعتاق استحسانا، وهو قول علمائنا الثلاثة والشافعي(١) رحمهم الله.

وقال زفر: لا يصح التكفير ويكون إعتاقا عن المأمور؛ لأنّ أمره بالإعتاق عنه فاسد لأنّه إضافة إلىٰ عبد غيره، وعبد غيره لا يحتمل العتق عنه بحال[٢]، ولأنّه لو أعتقه بنفسه عن نفسه لم ينفذ عليه فلأن لا ينفذ عليه[٣] بأمره أولىٰ وأحق[٤].

ووجه الاستحسان: أن الأمر لو فسد لفسد لعدم ملك[٥] العبد بدليل أنه[٦] لو كان في ملكه لصح، ولا يجوز أن يفسد لعدم المِلك، لأنّ الملك في العبد[٧] شرط لنفوذ العتق عليه؛ لأنّ عِلّة صحة الكلام معاني في المتكلم في المعرفة والتمييز، وكمال الحال فيه بالخطاب علىٰ ما عرف، والمحلّ شرط لصحة حلول الكلام، وملكه شرط للنفاذ عليه فإنه وصف في المحلّ، والمحال بصفاتها شروط.

ألا ترىٰ أن الكلام لا يتكون[٨] بالمحلّ ليكون ركنا[٩] ولكن لا ينفذ إلّا

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (١٠/٤٨٠)، «نهاية المطلب» (١٤/٤٧٢).
[٢] «ص» زيادة: (صح).
[٣] «ص» (عنه).
[٤] «ن»، «ص» (وأحرىٰ).
[٥] «أ» (لعدم في) والمثبت من «ن»، «ص».
[٦] «ص» (أن العبد).
[٧] «ن»، «ص» (ملك العبد).
[٨] في «أ»: (يكون).
[٩] «ص» (محلا).

فيه، وإذا ثبت أن ملك المحلّ شرط للنفاذ اقتضىٰ الأمر بالإعتاق عنه شرطه، لأنّ الشروط اتباع، وكل أصل يقتضي تبعة لا محالة. ألا ترىٰ أنّ الأمر بالصلاة أمر بالطهارة، وكذلِك النذر لأنّه شرط للصلاة، واستئجار الأرض للزراعة يقتضي شربها لأنّه شرط إمكان المزارعة[١].

وكذلِك الزوجان إذا اختلفا فقال أحدهما: كان النكاح في العدة أو بغير شهود أو في حال التمجس، وقال الآخر لا بل[٢] كان بعد العدة وشهود وبعد الإسلام، فالقول قول من يدعي النكاح بشروطه لأنّهما اتفقا علىٰ العقد فاقتضىٰ اتفاقا علىٰ الشرط فصار المنكر منهما بمنزلة ما لو أقرّ ثمّ أنكر لأنّ المرأة محِلّ العقد وكذلِك صفات المحلّ ليصِير محلا كلها يعتبر شروطا وإذا كان كذلِك صار طلب العتق عنه طلبا للملك أولا بالألف ثمّ الإعتاق عنه، وكانت الإجابة من المأمور إجابة لما[٣] صح الطّلب منه تمليكا بألف ثمّ إعتاقا[٤] فيصِير في الآخرة أمرا بإعتاق ملك نفسه فيثبت تمليك بألف في ضمن لفظ العتاق[٥] ثمّ العتاق بعده ليصح كرجل يقول لآخر أدّ عني زكاة مالي أو كفر عني يمِيني فكفر[٦] أجزأه.

ولا يصح التكفير إِلّا بمال من عليه الكفّارة وكذلِك الزكاة وقد صح الأمر بمال الغير علىٰ ما مضىٰ أنه يقتضي تمليكا منه أو لا يتم توكيلا[٧] عنه بالتسلِيم

---

[١] في «أ»: (الزراعة). وهو أولىٰ.

[٢] «ن»، «ص» (لأجل).

[٣] «ن»، «ص» (لأجل).

[٤] «ن»، «ص» (إعتاق).

[٥] «ن»، «ص» (الاعتاق).

[٦] «ن»، «ص» (وكفر).

[٧] في «أ»: (ثم توكُّلا).

إِلىٰ الفقير لولاه لما صح وكذلِك إيتاء الزكاة الفقير عبادة لله تعالىٰ وهو من أحد الأركان الخمسة.

والتمليك حصل للفقير ظاهرا فكان[١] عملا للفقير كالهبة للغني عمل له، والعمل لغير الله لا يكون عبادة، ولا ما لغير الله تعالىٰ فيه نصيب، فلما كانت عبادة علم أن هذا التمليك اقتضىٰ الإخراج إلىٰ الله[٢] تعالىٰ أولا، كما يُخرج المسجد، ثمّ النيابة عن الله تعالىٰ بصرف ما لله تعالىٰ إِلىٰ عباده[٣] كما لو كفّر[٤] بالذبح عن الحلق في الإحرام فإن حقّ الله تعالىٰ يتأدىٰ بالإراقة فيصِير لله، ويخرج عن ملكه ثمّ ينوب عن الله تعالىٰ في الصرف[٥] إِلىٰ عياله؛ فقد ثبت أن التصرف قد يتضمن تصرفا آخر إذا كان الأوّل شرطا لنفاذ الثانِي فيتم الضمان بتمام المتضمن كما يتم الإخراج إِلىٰ الله عبادة بصحة التمليك من الفقير حتّىٰ لم يكن من شرط صحته النية لله تعالىٰ، بل الشرط أن يقصد بر الفقير فيه فيتم التمليك منه صدقة فكذا[٦] هاهنا يتم الشِّراء في ضمن العتاق فيتم بما يتم به العتاق بألف، والعبد إذا قال لمولاه أعتقني بألف فقال: أعتقت ثمّ وإن لم يقل قبلت فكذلِك[٧] الشِّراء يتم به في ضمنه وإن لم يقل له قبلت بخِلاف صريح الشِّراء.

---

[١] «ن»، «ص» (أو كان).

[٢] «ص» (لله).

[٣] «ص» (عياله).

[٤] «ن»، «ص» (أمر).

[٥] «ص» (بالصرف).

[٦] «ن»، «ص» (أمر).

[٧] «ن»، «ص» (وكذلك).

فإن من قال: لآخر بعني عبدك بألف فقال بعت لا يتم حتّى يقول اشتريت، وذكر[١] في اختلاف يعقوب وزفر أن الرّجل إذا اشترىٰ عبدا ثمّ قال للبائع قبل أن يقبضه بعه[٢] لنفسك فباعه كان فسخا للأول لأنّه لا يصير بائعا لنفسه إلّا بعد أن يعود الملك إليه ولا يعود[٣] إلّا بالفسخ.

ولا يلزم إذا اشترىٰ دار ثمّ استأجرها من البائع قبل القبض؛ فإنه لا يصح ولا يتضمن فسخا ليصح لأنّ شرط صحة هذه الإجارة أن تكون المنافع للبائع؛ فإن من استأجر دارا أولا ثمّ أجرها صح فإن كان لابد اقتضىٰ[٤] فسخا فيها، ولو صرحا بالفسخ فيهما[٥] لم يصح فكذلك[٦] ضمنا لا يصح، ولم[٧] نضمن نحن بالاستبدال[٨]، إلّا أن الشيء إذا ثبت اقتضىٰ شروطه كما لو نص عليها، ولو اشترىٰ[٩] الدّار ثانيا بثمن آخر صح، وبطل[١٠] الأوّل لأنّ الثاني لا يصح إلّا وأن يكون الملك[١١] للبائع فاقتضاه.

ولا يلزم إذا ارتهنها والمسألة بحالها، فإنّ الشراء[١٢] لا يبطل لأنّ من شرط

---

[١] «ن»، «ص» (وكذلك).

[٢] «أ» (يقبض نفسه) والمثبت من «ن»، «ص».

[٣] «أ» (ولا يكون) والمثبت من «ن»، «ص».

[٤] «ن»، «ص» (فيقتضي).

[٥] في «أ»: (فيها).

[٦] «ن»، «ص» (وكذلك).

[٧] «أ» (ولو) والمثبت من «ن»، «ص».

[٨] في «أ»: (بالاستدلال).

[٩] «ن» (اشتريت).

[١٠] «ص» (ويبطل).

[١١] «ص» (اشتريت).

[١٢] «ص» (اشترىٰ).

صحة الارتهان أن لا يكون ملكا للمرتهن لا أن يكون ملكا للراهن، فإن من أعار شيئا فرهنه بدينه صح فيقتضي هذا الكلام إبطال ملك المشتري لا غير ولو صرح به لم[١] يبطل فكذلك[٢] لا يبطل بالمقتضي، وتعليلنا لبيان أنه يقتضي شرطه فيصير كالمنصوص عليه.

ولا يلزم إذا أسلم عشرة دراهم في كُرِّ حِنطة وسلمها[٣] ثمّ أخذ من المسلم إليه كفيلا برأس المال؛ فإنه لا يصح، ولا ينفسخ السلم ليصير رأس المال مضمونا فتصح به الكفالة، لأن شرط الكفالة أن يكون المكفول به مضمونا فتقتضيه الكفالة، ولكن لا نثبت كما لو نصا عليه فقالا: جعلنا رأس المال مضمونا عليك أي المطلوب أو أكثر ما في الباب أن يقتضي فسخا في رأس المال وعقد السلم لا ينفسخ بإضافة الفسخ إلى الدراهم.

ولا يلزم إذا قال لامرأته: تزوجي فإنه لا يقتضي طلاقا[٤] إلّا بالنية[٥] لأنّ من شرط صحة تزوجها الفراغ عن الأوّل لا الطلاق فلم يصر مقتضيا طلاقا لأنّه لا يثبت اقتضاء، إلّا ضرورة ولا يلزم إذا قال لعبده: اعتق عن نفسك عبدا فإنه لا يصير حرا اقتضاء.

أو قال له: تزوج أربعا لأنّ عتاقه في نفسه ليس بشرط للإعتاق عن نفسه، لأن[٦] الإعتاق عن نفسه شرطه ملك العبد، وحرمة التمليك[٧] أصل لثبوت

[١] «أ» (لا) والمثبت من «ن»، «ص».
[٢] «ن»، «ص» (وكذلك).
[٣] «ن»، «ص» (وسلمها).
[٤] «ص» (طلاق).
[٥] «ص» (بنيته).
[٦] «ص» (فإنّ).
[٧] في «أ»: (المتملك).

المِلك له فيها يصِير أهلا للتملك[١] إلا[٢] أن يكون شرطا، وثبوت الشيء يتضمن شرطه لأنّه تبعه[٣] لكِن لا يتضمن أصله لأنّه فوقه حالا كالأمر بالصلاة صحيح للجنب على معنى أن يتضمن شرطه وهو الطهارة فتصح بناء عليه ولا يصح الأمر بِها[٤] للكافر على معنى تضمين الإيمان لأنّه أصل به يصِير من أهل العبادة لأنّه[٥] شرط.

وكذلِك الرّجل إذا قال: تزوجتها وهي صبية[٦] صدّق بخِلاف ما إذا قال: تزوجتها معتدة أو مجوسية وذلك معروف فإنه لا يصدق لأنّها لا تحل للنكاح[٧] بصفاتها فيكون الإقرار بالنكاح متضمنا شرطه.

فأما البلوغ فليس بشرط لصحة العقد بل هو أصل يبتنى[٨] عليه صحة الكلام ويتوجه الخطاب فالبلوغ أصل شرعي لصحة الخطاب، والحرية أصل شرعي أيضا[٩] لصحة المِلك.

فهذه مقدمة في مسألتنا هذه أثبتناها مقتضى من الأمر بالإعتاق عنه؛ لا أنّا[١٠] جعلنا العتاق كِناية عن الشِّراء بل العتاق الصريح ثابت بنفسه كالصلاة

---

[١] «ص» (للتمليك).
[٢] في «أ»: (لا).
[٣] «ص» (تبع له).
[٤] «أ» (به) والمثبت من «ن»، «ص».
[٥] «ص» (لا أنّه).
[٦] «ص» (وأنا صبي).
[٧] «أ»، «ن» (محل النكاح) والمثبت من «ص».
[٨] «ن» (ينبني).
[٩] «ص» (والحرية أيضا أصل شرعي).
[١٠] «ص» (لأنا).

تقتضي طهارة وإِنّما تثبت هذه المقدمة إذا كانت بنفسها شرطا لما صرح به، فأما إذا لم تكن بنفسها شرطا لابد منه فلا، وكذلِك إذا كانت أصلا لما نص عليه لم يثبت.

فأما قوله: إن الأمر فاسد لأنّه أضاف الإعتاق عن نفسه إِلىٰ عبد غيره فلا كذلِك، بل أضاف إِلىٰ عبد نفسه علىٰ اعتبار المقدمة، وإنما[١] قوله: عبدك للتعريف لا لتعليق الإعتاق بعد المأمور كأنه قال: هذا العبد أي عبدك هذا بعدما تملكني بألف ويصِير عبدا لي وهذا كما في الزكاة تقول للفقير[٢] ملكتك مالي فيصح زكاة، وفي الحقِيقة تملك[٣] مال الله تعالىٰ علىٰ ما بينا.

وأصله أن الله تعالىٰ أوجب الزكاة عبادة خالصة، وهي من الأركان الخمسة[٤] وجعل الأداء في ضمن الصدقة علىٰ الفقير وتمليك الفقير عمل للفقير فلا يكون عبادة، والعبادة لا تتأدىٰ بما ليس بعبادة، ومع ذلك جاز لأنّه يتضمن أداء إِلىٰ الله تعالىٰ ثمّ قبضا عنه لولا ذلك لما صح عبادة، والله أعلم.

|٨٤٠| **مسألةٌ**: وأمّا[٥] إذا قال: أعتق عبدك عني بغير شيء فأعتقه[٦] وقع عن المأمور إِلّا عِند أبي يوسف والشافعي(٧) ﷺ، فإنهما قالا: لا لأنّه طلب منه

[١] «ص» (وأمّا).
[٢] «ن» (الفقير).
[٣] «ن» (تمليك)، «ص» (يملكه).
[٤] «ص» (الخمس).
[٥] «ص» (فأمّا).
[٦] «ص» (فقال أعتقت).
(٧) انظر: «الأم للشافعي» (٤/١٤١)، «الحاوي الكبير» (٦/٢١).

الإعتاق عنه بغير[١] شيء وقد مر أن هذا يقتضي تمليكا منه ثمّ إعتاقا، فصار كأنه قال له: ملكنيه بغير شيء ثمّ أعتقه فإذا أجاب فقد ملكه ثمّ أعتقه فصح هاهنا، كما إذا أمر بألف إلّا أن هناك طلب المِلك بألف فيصِير شراء، وهاهنا بغير شيء فيصِير هبة، والمِلك بكلا الشيئين يقع وقوعا يجوز بناء[٢] العتق عليه.

ولا معنىٰ لقولكم إن الهبة لا توجب المِلك إلّا بالقبض[٣] ولم يوجد لأنّها هبة تثبت في ضمن العتاق فتتم بتمام العتق، والعتق يتم بلا قبض وكذلِك الهبة في ضمنه.

ألا ترىٰ أن الشّراء بألف لا يتم إلّا[٤] بالقبول، ولما[٥] ثبت في ضمن العتق[٦] بألف ثمّ بلا[٧] قبول، لأنّ العتق بألف يتم بلا قبول.

ويدل عليه لو قال لآخر: أطعم عني عشرة مساكين كفّارة بغير شيء ففعل أجزأه كما لو قال بعشرة دراهم. ولأنّه لو قال: أعتق عبدك عني بألف ورطل من خمر فأعتقه صح عنه وملك بالقِيمة ملكا فاسدا والمِلك بالسبب الفاسد لا يقع إلّا بقبض، كما في الهبة ولأنّ العبد هو الذي يصرف إليه المالية بالعتق[٨] والهبة تقع علىٰ تلك المالية والعبد في يد نفسه فيقع المِلك بالشراء مسلما لقيام اليد

[١] «ص» (لغير).

[٢] «ص» (فيجوز بشأن).

[٣] «ص» (بقبض).

[٤] «ص» (ألا ترىٰ أن الشراء مال ولا يصح إلا).

[٥] «ص» (ومتىٰ).

[٦] «ن»، «ص» (العتاق).

[٧] «ص» (ثم من غير).

[٨] «ن»، «ص» (بالعتاق).

فيصِير كهبة الشيء من الذي في يده فلا يحتاج إلىٰ قبض جديد ولهذا يقع المِلك بالشِّراء الفاسد.

وكذلِك إذا قال: لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فاشترىٰ نفسه كما قال لم يملِك المولىٰ البائع حبسه بالثمن لأنّه في يد نفسه فلما باعه منه صار مسلما بنفس البيع فلم يملِك الحبس، كما إذا قبض المشتري المبِيع بالسوم ثمّ اشتراه لم يملِك البائع الاسترداد للحبس[١] بالثمن.

ووجه القياس في[٢] مسئلتنا هذه: طلب الملك[٣] بغير شيء فكان طلبا للهبة علىٰ ما قلتم، والهبة لا توجب المِلك إلّا بقبض ولم يوجد ما يتم به[٤] الهبة علىٰ مذهب علمائنا؛ لأنّه لم يوجد معاينه[٥]، ولا يجوز أن يثبت ضمنا للإعتاق لأنّه لفظ فلا يثبت به ما هو فعل غير اللسان، إنّما الكلام يدل علىٰ كلام آخر وقد يقتضيه فيصِير المسكوت عنه كالمتكلم به.

فإما أن يثبت فعل سائر الجوارح مقتضىٰ به أو دلالة فلا[٦]، ولا يجوز أن يثبت في ضمن ما يصل إلىٰ العبد بالإعتاق لأنّ الهبة ترد علىٰ مالية العبد، والمالية لا تصل إلىٰ العبد بالعتاق[٧]، بل يتلف علىٰ ملك المولىٰ فيصِير العبد حرا علىٰ ما ذكرنا فيما مضىٰ من المسائل، ولأنّ العبد لا يملِك المال وإن ملك،

[١] «ن»، «ص» (ليحبسه).
[٢] «ص»، «أ» (أنّه في).
[٣] «ن»، «ص» (العتق).
[٤] زاد في «أ»: (قبض).
[٥] تحتمل في «أ»: (معانيه).
[٦] في «أ»: (أو لا له).
[٧] «ن» (بالإعتاق).

ولكن من حيث يتلف فيه أشبه الوصول إليه صورة فيتضمن أدنىٰ قبض إن كان لابد وأدنىٰ القبض يكتفىٰ به لإتمام البيع الفاسد ولا يكتفىٰ به لإتمام الهبة.

ألا ترىٰ أنه إذا اشترىٰ شقصا شراء فاسدا وقبض كذلك ملك[١]، ولو كانت[٢] هبة لم يملِك حتّىٰ يقاسمه علىٰ مذاهب[٣] علمائنا رحمهم الله وعلىٰ أصل[٤] الشافعي(٥) رحمه الله يكتفي به فتصِير المسألة بناء علىٰ أصله بخِلاف الإطعام، لأنّ عين الطعام يصل إِلىٰ يد الفقير فيصِير هو كالوكيل عن الآمر في القبض عن الهبة لما ثبت الهبة في ضمن التكفير، والفقير هو القابض للكفّارة حقِيقة ولما[٦] كان القبض ثابتا علىٰ الحقِيقة ناب عن[٧] قبض الهبة، واكتفي به.

والمسألة مشكلة، لأنّا إِنّما لم نكتف بالقبض شائعا؛ لأنّ القسمة من القبض وبها يتم[٨]، فاعتبر تمام القبض، ولا شيوع هاهنا بل تلف[٩] والقبض فيه والإِتلاف[١٠] فوق القبض فكذا[١١] ما يثبت[١٢] في ضمنه من القبض.

---

[١] «ص» (ملكه).

[٢] «ص»، «أ» (ولو كان).

[٣] في «أ»: (مذهب).

[٤] «ص» (وعند).

(٥) «الأمّ» للشافعي (٤/٥ ـ ٩)، «مختصر المزني» (٨/٢٢٠).

[٦] «ن» (ولهذا).

[٧] «ن» (علىٰ).

[٨] «ص» (تم).

[٩] «ن»، «ص» (يتلف).

[١٠] «ن»، «ص» (وإتلاف).

[١١] «ص» (وكذلك).

[١٢] «ن»، «ص» (ثبت).

ثمّ هذا إتلاف إلىٰ العبد فيعتبر بالتسلِيم إليه متىٰ اعتبر الإتلاف قبضا شرعا وقد اعتبر كما في البيع الفاسد وقد طعن الكرخي رَحِمَهُ اللَّهُ فيه، وقال: يقع العتق عن المأمور[1]؛ لأنّ المِلك لا يقع إلّا بقبض ولم يوجد كما في الهبة، والله أعلم.

(١) وهو منسوب لزفر. انظر: «بدائع الصنائع» (٥/١٠٧)، «الهداية» (١/٢١٢).

فصل الإطعام

[٨٤١] [مسألةٌ]: قال علماؤنا رحمهم الله: إذا أطعم عشرة مساكين غداهم وعشاهم أو ملكهم الطعام أجزأه، وهو مذهب علي رضي الله عنه فقد[١] قال في تفسير الآية: «لكل مسكين غداؤه وعشاؤه»(٢).

وقال الشافعي(٣) رحمه الله: لا يجوز إلّا تمليكا، لأنّه نوع تكفير يتأدىٰ بالتمليك[٤] فلا يتأدىٰ بدونه[٥] قِياسا علىٰ الكسوة؛ ولأنّ الكفّارة تجِب حقّا لله تعالىٰ كالزكاة والعشر، ثمّ الطعام إذا وجب فيها زكاة بأن كان للتجارة لم يتأد إِلّا بالتمليك فكذلك[٦] هذا؛ ولأنّ الطعام[٧] لغة للتمليك.

ألا ترىٰ من قال لآخر: أطعمتك هذا الطعام كان بمنزلة قوله: وهبت لك حتّىٰ إذا سلمه إليه صار ملكا له، وإِنّما يكون إباحة إذا قال: أطعمتك هذه الأرض؛ لأنّ عينها لا تطعم فيصرف إِلىٰ منافِعها التي تطعم معنىٰ بالزراعة مجازا أو في البابين أوجب ملك ما يطعم؛ ولأنّه فعل متعدٍّ فيقتضي قوله: أطعمتك جعلت لك طعامي فيكون هبة، فأما إذا حمل علىٰ الإباحة فلا يصِير له، ولأنّه لا

---

[١] «ن» (فإنّه).

(٢) رواه «الطبري» (١٠/٥٣٤) بلفظ «يغدّيهم ويعشيهم خبزًا وزيتًا، أو خبزًا وسمنًا، أو خلا وزيتًا».

(٣) انظر «الأمّ» (٥/٣٠٢)، «الحاوي» (١٠/٥١٧).

[٤] «ص» (بالتكفير).

[٥] «ن»، (به فيه).

[٦] «ص» (وكذلك).

[٧] «ن»، «ص» (الإطعام).

بد أن تُجعل الإباحة أو التمليك حقِيقة والآخر مجازا، وأجمعنا أن التمليك مراد؛ فبطل الآخر؛ لأنّ اللفظ الواحِد لا يشتمل[1] على الحقِيقة والمجاز.

ولعلمائنا[2]: رحمهم الله أن الإطعام حقِيقة للتغذية[3] والتعشية لا للتمليك؛ لأنّه متعدي من طعم، وطعم عِبارة عن الأكل لا عن المِلك، يقال: أطعمته فطعم، وأكلته فأكل، وغديته فتغدى بمنزلة واحِدة؛ إلّا أن التغدية اسم لأكلٍ خاصٍ بالغدوات، والطعم عام وكذلِك الأكل؛ فثبت أن حقِيقة التسليط على الأكل؛ لأنّه لا يبقى بعد هذا حد للإطعام إلّا بأن يصب في حلقه[4] حسوًا[5] ونحوه، وذلك غير متعارف استعمالا فلا ينصرف إليه مطلق اللفظ، ولأنّه[6] لو أتى به لم يكن كفّارة عِند الشافعي(٧) رحمه الله.

ألا ترى أنك تقول فلان كثير الإطعام إذا كان يدعوهم ويقدم إليهم طعامه، وقال الله تعالى: ﴿وَيُطۡعِمُونَ ٱلطَّعَامَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ مِسۡكِينٗا﴾ [الإنسان: ٨]، وهذه المحمدة تثبت بالتمليك والتغدية والتعشية جميعا ولا إِشكال في هذا الحد.

إِلّا أن الشافعي رحمه الله زاد[8] عليه التمليك؛ لأنّه وجده نظير[9] الكسوة في

---

[1] «ص» (لا يستعمل).

[2] «ص» (ولنا).

[3] «أ» (للتغاية)، وفي «ن» (للتعدية)، والمثبت من «ص».

[4] «أ» (خلقه)، والمثبت من «ن»، «ص».

[5] «ن» «ص» (حسوات).

[6] «ص» (ولا).

(٧) انظر «الأمّ» (٢٧٢/٧ ـ ٢٧٣)، «مختصر المزني» (٣١٢/٨)، «الحاوي» (٥٢٣/١٠ ـ ٥٢٤).

[8] «ص» (رد).

[9] «ص» (يوجد نكير).

قبول التمليك، وقد قيدت الكسوة بالمِلك فحمل المطلق على المقيد كما في فصل التحرير حمله على المقيد في كفّارة أخرى، وأنه أبعد من مسألتنا هذه؛ لأنّ هذا نوع[١] كفّارة واحِدة وإنّما تنوع[٢] ما يكفر به. وهناك نفس الكفّارة نوعان وإن كان التحرير واحِدا.

وأبى علماؤنا ذلك من الطرق التي مرت في تلك المسألة. وإنّما يلزمنا في هذه المسألة بيان أنها من نظير تلك، وأن الإطعام ليس باسم لغة لسبب[٣] ملك بل لفعل آخر كالإشباع والتغذية والتعشية ونحوها فلا يلزمه مباشرة سبب ملك وإنّما يلزمه الامتثال به فعلا كالأمر بالصوم وفعل الصوم ويكون شرط التمليك زيادة فلا يلزمه.

وأما إذا قال لآخر: أطعمتك هذا الطعام فإنّما نجعله هبة مجازا بدلالة الحال؛ لأنّا متى جعلناه حقيقة كان كاذبا لأنّه لا يسمى مطعما للطعام من حيث الأكل حتّى يصير الطعام مأكولا فإنه جعل الطعام مفعول إطعامه، فمتى كان الطعام قائما لا يكون مفعول الأكل، ويكون[٤] مفعول التمليك مع قيامه، فجعل[٥] كِناية عنه حتّى إذا قال: أطعمتك أمس ولم يشر إلى طعام قائم كان عِبارة عن الإباحة لأنّ مفعول فعله الرجل[٦] فاقتضى فعلا صار به الرّجل طاعما على الحقيقة، وفي الآية أمر بالإطعام فيستقيم على الحقِيقة مع قيام الطعام

[١] «ص» (لأن هذه الأنواع).

[٢] «ن»، «ص» (نوع).

[٣] «ص» (لسبب).

[٤] «ن» (وقد يكون).

[٥] «ن»، (فإنه جعل)، «ص» (وإنه جعل).

[٦] «ص» (الطعم).

والأمر[١] بالإتلاف إنما[٢] يكون حال القيام، والأخبار عن الإتلاف لا تستقيم مع قيام الشيء، لا يقال أتلفته قبل أن يتلف، ولكن يقال ملكته علىٰ معنىٰ الإيجاب ابتِداء، كما يقال علىٰ معنىٰ الإخبار عما مضىٰ، وأتلفت لا يستقيم إلّا إخبارا، لأنّ[٣] هذا الفِعل لا يقع باللسان فثبت أن حقِيقة الإطعام تغدية وتعشية فيصِير التمليك زِيادة عليه فتجري مجرىٰ النسخ بل هو غيره فيصير تركا للأول ولأنّ الله لم يذكر الطعام وإنّما ذكر المساكين فيجِب فعل يصِير المسكين به طاعما وذلك بالأكل لا بالمِلك.

❁ فإن قِيل: التمليك مراد بالإجماع وهو مجاز فتبطل حقِيقته[٤].

❁ قلنا: إنّما يجوز عِندنا التمليك بدليل النص لا بعينه؛ لأنّ المبتغىٰ من التغدية رد الجوعة والرد بالتمليك أعم لأنّه يرد متىٰ شاء، ولأنّه فوق الإباحة واستعمال دليل النص لا يمنع حقيقته كما في حرمة تأفيف الوالدين حرم الشتم بدليل النص وأصله قائم وأما الكسوة فاسم لما يكسىٰ لا للفعل والمصدر بل المصدر[٥] منه يكون بفتح الكاف؛ فأما بكسرها فيكون اسما للثوب ثمّ نفس الثوب لا يكون كفّارة لأنّها اسم لضرب عبادة علىٰ ما مر. والعبادة اسم لفعل العبد وكذلِك التكفير لا شك فيه كالتحرير والإطعام والصيام؛ فاحتجنا إلىٰ زِيادة الفِعل الذي به يصِير الثوب كفّارة كما في الزكاة في خمس من الإبل شاة، والشاة عينها لا تكون عبادة فزدنا فعلا هو عبادة، وتصِير الشاة بذلك الفِعل زكاة وصدقة

[١] «ص» (كالأمر).
[٢] «ص» «أيضا».
[٣] في «أ»: (لا يستقيم الإخبار الآن).
[٤] «ص» (الحقيقة).
[٥] «أ»، (المصور)، والمثبت من «ن»، «ص».

وهو الإيتاء والتمليك فكذلك في باب الكسوة اضطررنا إلى زيادة فعل.

ثمّ الفعل في مال هو عبادة أو تكفير قد يكون تمليكا وقد يكون إتلافا بلا ملك كالتحرير والتضحية، ثم الكسوة لا يتصوّر اتصافها بالكفّارة بالإتلاف لأنّها لا تبقى بعده كسوة والله تعالى سمى الكسوة وهي ثياب تكتسى(١) فلم يبق إلّا التمليك، وإذا أعارهم الثوب فما فيها تمليك ثوب ولا إتلافه فلا يصير المحلّ كفّارة، بل فيها تمليك المنفعة والله تعالى ما جعل المنافع كفّارة وإنما[٢] جعل الثوب كفّارة.

فأما الإطعام فإتلاف للطعام بالأكل فيصير الطعام بالإطعام خارجا عن ملكه على سبيل التلف بالفقر وهذا[٣] القدر من الفعل يصلح فعل تكفير كالتحرير؛ فلم يضطر[٤] إلى الزيادة عليه على أن منفعة الطعام إنّما تتحقق بعد التلف بالأكل كمنفعة الإعتاق ومنفعة الكسوة تتلاشى بالتمزيق.

فالشافعي رحمه الله يجعل[٥] تفسير الإطعام لولا الكسوة تمليكا في قول، وفي قول آخر يجعل الكسوة من الطعام كالمقيد من المطلق، ثمّ المطلق عنده[٦] يحمل على المقيد لا بالقياس والرأي، بل لأنّ التقييد[٧] يوجب الحكم عند وجوده وينفيه عند عدمه على ما عرف من أصوله[٨]، فالنفي عند عدمه يكون أمرا ثابتا

(١) في (ن) «والإماء».
[٢] في «أ»، (إنما)، والمثبت من «ن»، «ص».
[٣] في «أ»، «ص» (وذا)، والمثبت من «ن».
[٤] في «أ»، (نضطر)، والمثبت من «ن»، «ص».
[٥] في «ن» «جعل».
[٦] في «أ»: (عندنا)، والمثبت من «ن»، «ص».
[٧] «ص» (المقيد).
[٨] في «أ»، (أصولنا)، والمثبت من «ن»، «ص».

بالنص فثبت فيه، وفي نظيره استدلالا به إذا كان الجنس واحِدا عرف اتحاده بالنص لا بالقياس فيكون عملا بدِلالة النص، وذلك يجري مجرىٰ العمل بالنص علىٰ أصله وعِندنا الأمر كله بخِلاف هذا علىٰ ما مر في تحرير رقبة الكافرة. والله أعلم.

|٨٤٢| **مسألةٌ**: إذا أطعم خمسة مساكين وكسا خمسة.

مذكورة في كتاب الزكاة.

|٨٤٣| **مسألةٌ**: وكذلك إذا أطعم مسكينا واحِدا عشرة أيام.

مذكورة في كتاب الزكاة بعد مسألة دفع القِيمة عن الشاة[١] وعن الحقوق المالية لله تعالىٰ.

|٨٤٤| **مسألةٌ**: إذا كسا ثوبا واحِدا عشرة مساكين تبلغ قيمته قيمة طعامهم أجزاء.

مذكورة في كتاب الزكاة.

|٨٤٥| **مسألةٌ**: إذا كانت عليه كفارتا يمِين فأطعم عشرة مساكين لكل مسكين صاعا ينوي عنهما لم يجز عِند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمد وزفر رحمهما الله: يجزئه كما إذا كانا من جنسين مختلفين لأنّهما

[١] «ن» (دفع قيمة الشاة)، «ص» (دفع القيم).

كفارتان لكلّ[١] مسكين نصف صاع في كل كفّارة بنص على حدة.

إلّا أنّا نقول: صارتا في حقّ الأداء على الشّيوع ككفّارةٍ واحِدةٍ، ألا ترى أنه لو أطعم عشرة مساكين عن إحداهما ولم يعين أجزأه، وكذلك إذا أعتق رقبة ينوي عتقها عن أحدهما صحّ[٢]، وكانت[٣] عن إحداهما كان عليه كفّارة واحِدة عددها عشرون أو فيها رقبتان فأدى النصف ولم يعين أنّه أيّ[٤] النّصفين أجزأه، وإذا كانا ككفّارة واحِدة إذا لم يجز الدفع جملة إلّا عن نصف صاع كما لو كانت كفّارة واحِدة وأطعم خمسة مساكين كل مسكين صاعا.

❁ فإن قِيل: إنّما جوزنا مع عدم نية التعين تحريا للجواز فيصح[٥] إذا عين تحريا للجواز أيضا ولا يفسد نيته ما أمكن تصحيحها.

❁ قلنا: ولم يمكن تصحيحها لأنّ النية للتمييز أو التفريق في مسألتنا، فلما صارتا ككفّارة واحِدة في حقّ الأداء؛ لأنّ الحرمة واحِدة والعبرة لها لا للعدد على ما بينا في المسألة الأولى لم يبق محلّ للتفريق ولم يصح بناء على العدد والدليل عليه: أن تحري الجواز إنما يكون فيما إذا احتمل الجواز، وإذا عتق رقبة واحِدة ينوي عنهما فلم يبق للتحري مدخل، فعلم أن الصحة لفساد نية التفريق لعدم المحلّ والله أعلم.

[١] «أ» (ولكل)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٢] «أ» (ينوي عنهما صح)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٣] «ن» (وكان).

[٤] «ن»، «ص»: (أتى).

[٥] في «أ»: (فتصحح).

|٨٤٦| **مسألةٌ**: تقدير الطعام عِندنا نصف صاع من برّ أو صاع من تمر أو صاع شعير كما في صدقة الفطر.

وقال الشّافعي⁽¹⁾ رحمه الله: مدّ من طعام في الكفارات كلها إلّا كفّارة الحلق؛ فإنه قال فيها كقولنا، وذهب إلى أن الله تعالى شرع بلفظ الإطعام مقيدا بإطعام الأهل ليدل على أن المراد به كفاية اليوم.

إلا أنا شرطنا المِلك، كما في الكسوة وكفاية اليوم عِندهم عادة للرؤوس المفردة بالأمداد، وروي في حديث الأعرابي الذي سأل رسول الله عن الفطر في رمضان أن النبي ﷺ قال له: «اجلس» فجلس، فأُتِي رسول الله ﷺ بعرق من تمر فيه خمسة عشر صاعا؛ فقال له رسول الله ﷺ: «خذها وفرقها على ستين مسكينا»(٢)، وكذلِك إن لم يرد[٣] ستين مسكينا؛ لأنّ العدد ستين ثابت بنص آخر[٤] فيصيب كل مسكين مدا.

ولا يلزم كفّارة الحلق[٥]؛ لأنّها شرعت بلفظ الصدقة مطلقة[٦] عن التقدير بإطعام الأهل، فكان قدرها معتبرا بصدقة الفطر، وقد ثبت بالنص تقديرها بالصاع لا بالمد. وقِيل: هو مذهب ابن عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهم.

---

(١) انظر «الأمّ» (٢/١٠٢)، «مختصر المزني» (٨/٣٩٩)، «الحاوي» (٣/٤٣٣).

(٢) رواه أحمد (١٦/٤٠٣) برقم (١٠٦٨٧)، وأبو داود (٢٣٩٢)، والنسائي في الكبرى (٣١١٩) وأصله في البخاري برقم (١٨٣٥) ومسلم (١١١١).

[٣] «ن»، «ص» (يرو).

[٤] في «أ»: (بنص الكتاب).

[٥] في «ص»: (الحلف).

[٦] «ن» (المطلقة).

إلّا أنّا نحتج: بقول الله: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة ٨٩]: والأوسط هو الأعدل، والذي قاله الخصم أدنى ما يجزئ على الرؤوس المفردة؛ فأما الأعدل فيكون بإدام[١]، وهكذا روي[٢] عن ابن عباس رضي الله عنهما: «مدّ معه إدامه»(٣)، والإدام تبلغ[٤] قيمته قِيمة مدّ آخر وتزيد[٥] عليه في الأغلب.

وإمامنا عمر وعلي وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم: منها ما رواه محمد بن الحسن في الأصل(٦)، ومنها ما روى[٧] الكلبي في تفسيره بإسناده فكلهم[٨] قدروا بصاع إلّا ابن عباس رضي الله عنهما فإنه قال: «مد معه إدامه»(٩) وأنه مذهبنا على ما بينا.

وما روى الشافعي رحمه الله بخِلاف هذا، فغريب لا يقابل[١٠] ما روينا، وكذلك حديث الأعرابي مردود بهم لأنه[١١] غريب، ولم يجز المحاجة به مع وقوع البلوى بحكم الحادثة والفتوى بالرأي، وروى الكلبي عن ابن عباس رضي الله عنهما في تفسير آية الظهار أن أوس بن الصامت رضي الله عنه ظاهر من امرأته وقص القصة فدعاه رسول الله

---

[١] «ن» (مدين).

[٢] في «ص»، «ن» (يروى).

(٣) رواه الدارقطني (٥/٢٩٠) برقم (٤٣٣٥)، والبيهقي في سننه (٢٠/١٤٠) برقم (١٩٩٩٨) بلفظ «لكل مسكين مد من حنطة ربعه إدامه».

[٤] «أ»، «ن» (يبلغ) والمثبت من «ص».

[٥] في «أ»: (أو تزيد).

(٦) انظر: الأصل (٢/٢٤٦).

[٧] «ن» (رواه).

[٨] «ص» (فثبت أنهم).

(٩) سبق قريبا.

[١٠] «أ» (فقريب لا يقال)، «ن»: (فغريب لا يقابل به)، والمثبت من «ص».

[١١] «ن» (إلا أنه).

ﷺ، وقرأ عليه آية الظهار إلىٰ أن قال له: اجلس فأُتِي رسول الله ﷺ بخمسة عشر صاعا، فقال له رسول الله: «خذها وفرقها علىٰ ستين مسكينا»(١)، وعندكم يجب خمسة عشر صاعا، ولم يذكر أنه من أي طعام، والحجّة قائمة؛ لأنك لا تشترط ثلاثين[٢] بحال، ولأنّه ثبت بالنص والإجماع تقدير الطعام في حلق المحرم رأسه وفي صدقة الفطر بالصيعان فثبت في غيرهما استدلالا بهما.

فأما قوله: إنها صدقة. قلنا: وإن كانتا[٣] صدقة فما شرعتا[٤] إلّا لكفاية[٥] اليوم إذ لو شرع للإغناء[٦] مطلقا كالزكاة ما تقدر[٧] بالصاع؛ لأنّ الفقر المطلق لا يرتفع به، وإنّما يرتفع به حاجة يومه من حيث الطعام، وكذلك ورود الشّرع بأنواع طعام[٨] دليل علىٰ أن المطلوب به كفاية اليوم[٩] لا غير وقال النبي ﷺ في يوم الفطر: "أغنوهم عن المسألة في مثل هذا اليوم" فثبت أنه غنىٰ يوم، والغنىٰ لا يتقدر باليوم إلا عن حاجة تتقدر باليوم وهي حاجة طعام لا غير ولهذا[١٠] بيّن رسول الله ﷺ أنواعا[١١] من الطعام إلّا أن صدقة[١٢] الفطر قدر

---

(١) سبق تخريجه.

[٢] «ن» (ستين).

[٣] «ن»، «ص» (كانت).

[٤] كذا في «ن»، وفي «أ»، «ص» (شرعنا).

[٥] «ص» (كفاية).

[٦] «ص» (للإعتاق).

[٧] «ص» (يقدر).

[٨] «ن» (إطعام).

[٩] «أ» (الطعم) والمثبت من «ن»، «ص».

[١٠] «ص» (وبهذا).

[١١] «ن» (أنواعها).

[١٢] «ص» (أن في صدقة).

برأس المعطي، فأخذ عليه إخراج كفاية رأسه وفيما نحن فيه قدر بكفاية من يأخذ كما في كفارة الحلق[١].

[٨٤٧] **مسألةٌ**: وأمّا الصيام، فشرطه عدم الأنواع الثلاثة، ولكن اختلفوا في تحديد[٢] الشرط، قال علماؤنا رحمهم الله: الشرط هو العدم عِند التكفير لا عِند الوجوب.

وقد مرت هذه في الزكاة في مسألة التفريط في أداء الزكاة وفيما يجانسه من هذه المسائل.

[٨٤٨] **مسألةٌ**: إذا كان له عبد يحتاج إلىٰ خدمته ولا مال له غيره لم يجز الصيام.

وقال الشافعي(٣) رحمه الله: يجوز إذا كان بحيث لو باعه أصاب بثمنه ما يكفر به وقوت يومه، ولا[٤] يحتاج إلىٰ خدمته لزمه البيع والتكفير بالمال، وإن كان لا يبقىٰ قوت اليوم بعد التكفير أجزأه الصيام ولم يؤمر بالإعتاق؛ لأن شرط التكفير بالمال أن يفضل له قوت اليوم بعد التكفير كما لو كان له مال غير العبد وأن لا يكون له إليه حاجة ماسة ليومه، ألا ترىٰ أنه لا يلزمه التكفير بقوت يومه[٥]، فإذا كانت حاجته ماسة إلىٰ خدمة العبد لم يلزمه التكفير به، إلّا أنا نحتج بقول الله

[١] «ن» (وهاهنا ورد بكفاية من يأخذ كما في حلق الرأس).
[٢] «ن» (في تصوير).
(٣) انظر «الأمّ» (٥/٣٠٠ ـ ٣٠١)، «مختصر المزني» (٨/٤٠١)، «الحاوي» (١٥/٣٣٨).
[٤] في «أ»: (وهو لا).
[٥] «ن» (بقوت اليوم).

﴿أَوۡ تَحۡرِيرُ رَقَبَةٖۖ﴾ [المائدة: ٨٩]، وإنّما نقل إلى الصوم بشرط[١] أن لا يجده، وإنه واجد[٢] رقبة وبالحاجة إلى خدمة العبد لا تنعدم[٣] حكما لأنّه يمكنه الإعتاق مع الصرف إلى الخدمة بخِلاف المال؛ لأنّه لا يمكنه[٤] التكفير به مع الصرف إلى حاجته التكفيرية فينعدم الوجود حكما بالحاجة، وكذلك الحاجة إلى شرب الماء لسقيه يمنع التوضؤ.

❁ فإن قِيل: إن الإعتاق يمنع الصرف إلى حاجته.

❁ قلنا: لما لم يمنع الاستِخدام الإعتاق لم ينعدم في حقه والعدم بعد الاعتاق لا يمنع؛ لأنّ الشرط في الأصل[٥] الوجود والقدرة حال الاستعمال لا أن لا ينعدم بالتكفير الوجود[٦]، فإن التكفير بالمال يعدمه قوت اليوم الثانِي ولا يكون[٧] عذرا في الصوم، والله أعلم.

|٨٤٩| **مسألةٌ**: الصوم متتابع في اليمين عندنا[٨].

وقال الشافعي(٩) رحمه الله: التتابع ليس شرطا[١٠] لأنّ الله تعالى لم يشترط

---

[١] في «أ» (شرط).

[٢] في «أ» (واحد).

[٣] «ن» (لا تنعدم).

[٤] في «أ» (يمنه).

[٥] في «أ» (لأنّ شرط الأصل).

[٦] في «أ» (لا أن لا ينعدم الوجود بالتكفير).

[٧] في «أ» (لا يكون).

[٨] «ن» (والصوم في كفّارة اليمين متتابع عِندنا).

(٩) انظر «الأمّ» (٦٩/٧)، «مختصر المزني» (٤٠١/٨)، «الحاوي» (٣٢٩/١٥).

[١٠] «ن» (بشرط).

التتابع ولا التفريق[١] فلا يلزمه شيء من ذلك، بل يخرج عنه كيف ما أدىٰ كما في صيام قضاء رمضان.

إلا أنا نحتج: بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: «فصيام ثلاثة أيام متتابعات»(٢)، فوردت الوصف بقراءته لأنها إن لم تثبت قرآنا بقي خبرا مسندا؛ لأنّ القراءة منقولة عن رسول الله ﷺ، والزِيادة بالخبر المسند صحيح إذا كان مشتهرا[٣] وقراءته كانت مشتهرة[٤] في السلف حتّىٰ كانت تتعلم في المكاتب.

❊ فإن قِيل: إنك لا تحمل المطلق علىٰ المقيد.

❁ قلنا: نعم إذا كانا غيرين حكمين أو شرطين أو علتين[٥]، فأمّا الواحِد إذا لم يثبت[٦] إلّا بوصف فدونه لا يكون ثابتا لا محالة ضرورة.

ثمّ الشافعي رحمه الله ترك أصله في هذه المسألة، لأنّه يحمل المطلق علىٰ المقيد، ومن صيام الكفّارة ما قيد بالتتابع ولم يحمل عليه.

❊ فإن قِيل: إنّ الله تعالىٰ قد قيّد صوم المتعة بالتفريق.

❁ قلنا: ذلك ليس بصوم كفّارة لكنه صوم تحلل فلم يكن من هذا الجنس، ولأنّه لم يقيد بالتفريق[٧] يوما فيوما، وعِندك لو فرق يوما فيوما أجزاءه والله أعلم.

---

[١] في «أ» (التفرق).

(٢) انظر: تفسير الطبري (١٠/٥٦٢)، مصنف عبد الرزاق (٨/٥١٣) برقم (١٦١٠٢).

[٣] «ن» (مشهورا).

[٤] «ن» (مشهورة).

[٥] في «أ» (علين).

[٦] في «أ» (تثبت).

[٧] في «أ» (بالتفرق).

فصل النية

إذا كان عليه[1] كفارات يمين وظهار وإفطار وقتل فأعتق بعددهن رقابا ولم يعين لم يجز عِندنا.

وقال الشافعي(٢) ﷺ: يجوز[3] لأنّ الجنس واحِد وهو الكفارات علىٰ ما ذكرنا فأشبه قضاء صيام رمضان فيتأدىٰ[4] بنية تمييز الجنس ولا يفتقر إلىٰ نية تعيين الآحاد[5]، وكذلِك المذهب عِنده في صلوات الظهر[6] أنه لا يحتاج إلىٰ نية التعيين.

إلّا أنا نقول: هذه الكفارات[7] مختلفة، لأنّ أسبابها مختلفة وليست من جنس واحِد علىٰ ما ذكرنا، وكذلِك كفّارة اليمِين تخالف غيرها حكما فلا تتأدىٰ إلّا بنية التعيين كأنواع صيام اجتمعت فرضا في يوم واحِد وصلوات يوم وليلة اجتمعت، وهذا لأنّها لما اختلفت وليس بعضها بأولىٰ من بعض حصل التحرير عن الكل شائعا والكفّارة لا تتجزّأ[8] فتبطل.

---

[1] في «ص» (علىٰ الرجل).

(٢) انظر «الأمّ» (٥/٣٠٢)، «مختصر المزني» (٨/٣٠٩)، «الحاوي الكبير» (١٠/٤٨٤ ـ ٤٨٥).

[3] «ن» (يتأدىٰ).

[4] «ن» (مشهورة).

[5] «ن»، «ص» (تعيين نية الآحاد).

[6] في «أ»، «ص» (ظهر).

[7] «ن»، «أ» (كفارات).

[8] «ن»، «ص»: (تجزي).

كما لو نوىٰ الكل[١]، ولا يجوز[٢] أن يقع عن الواحِدة[٣] لجهلها[٤] لأنّ المجهولة لا تكون عينا فلا يمكنه التعيين؛ لأنّ للكل منازعة وماله حقّ التعيين بعد ما خرج عن يده بالأداء بخِلاف أيام رمضان؛ لأنّ الجنس واحِد، فيصِير كفارة[٥] واحِدة مديدة في حقّ التعيين علىٰ ما نذكر، وكذلِك صلوات الظهر؛ لأنّ الوقت الثانِي غير الأوّل والوقت سبب، وإذا اختلف سبب الوجوب[٦] اختلف الواجِب، والله أعلم.

|٨٥٠| مسألةٌ: وإذا كانت[٧] الكفارات من جنس واحِد فأكمل العدد تكفيرا ولم يعين أجزأه استحسانا، والقياس أن لا يجوز، وهو قول[٨] زفر ﷺ لأنّ هذه كفارات مجتمعة، فأشبه ما إذا كانت من أجناس مختلفة. ألا ترىٰ أن الصلوات[٩] الفائتة لا تتأدىٰ إلّا بنية التعيين وإن كانت كلها صلوات ظهر، كما لو كانت أجناسا مختلفة؛ لأنّ كل صلاة وجبت بسبب علىٰ حدة، وهو الوقت الذي تجدد عليه الخطاب فيه وجعل سببا لوجوبه ولما وجبت بأسباب شتىٰ جعلت كعبادات شتىٰ وكذلِك الكفارات، كل كفّارة وجبت بيمِين علىٰ حدة

---

[١] «ص» (كما لو نوىٰ كل رقبة عن الكل).

[٢] في «أ» (تجوز)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٣] في «أ»، «ص» (الواحد)، والمثبت من «ص».

[٤] في «أ» «ص» (مجهولة)، والمثبت من «ن».

[٥] «ن» (كعبادة).

[٦] «ص» (الواجب).

[٧] «ن» (فأما إذا كانت).

[٨] «ن» (وبه قال)، «ص».

[٩] «ن»، «ص»: (الصلاة).

فصارت مختلفة حكما.

ألا ترىٰ أن المِلك إذا تحدد للإنسان[١] في عين بسبب بيع كان في الحكم غير الذي كان وانقطع وإن كانا يتعين جميعا، بخِلاف صيام أيام من رمضان لأنّ السبب رمضان لا يوم السبت ويوم الأحد[٢] فاتحد الواجِب، ووجه الاستحسان أن جنس الواجِب متحدٌ حقِيقة وحكما فلا يتعلق صحة أدائها بنية تعيين كل واحِد منها[٣] عن الآخر[٤]، كما إذا كان عليه صيام أيام من رمضان فإنها تتأدىٰ بنيّة القضاء عن رمضان ولا يحتاج إلىٰ نية تعيين كل يوم أنه عن[٥] السبت أو الأحد؛ وهذا لأنّ الجنس لما اتحد حقِيقة وحكما صار الكل كعبادة واحِدة[٦] في حقّ الامتياز، فاشترطا كمال القدر[٧] لا غير ولم يشترط تميز بعضه عن بعض.

وإنّما قلنا: اتحد جنس الواجِب حقِيقة وحكما، أمّا الحقِيقة فلأنّها كفارات يمِين وأما الحكم فلأن الكفّارة لا تجب إلّا جزاء علىٰ هتك محظور ليمحوه ثوابها، وحرمة القتل[٨] حرمة واحِدة وكذلِك حرمة اليمِين وإنّما يختلف فعل الهتك كرمضان وقت واحِد من حيث إنه شهر الصوم، وإنّما يختلف فعل الأداء بخِلاف صلاة الظهر؛ لأنّ وقت الظهر من اليوم الثانِي غير الأوّل حقِيقة وحكما،

---

[١] «أ» (تجدد لإنسان)، وفي «ن» (تجدد للإنسان)، والمثبت من «ص».

[٢] في «أ»: (السبت والأحد).

[٣] في «أ»: (منهما).

[٤] «ن» (كل واحد علىٰ حدة)، «ص» (كل واحدة منها عن الأخرىٰ).

[٥] زاد في «أ»: (يوم).

[٦] زاد في «أ»: (وصار الكل كحقيقة واحدة).

[٧] في «ن»، «ص» (العدد).

[٨] «ص» (الفعل).

أما الحقِيقة فإنهما وقتان.

وأما الحكم، فلأن الخطاب ما علّق بوقت يجمعهما بل علق بدلوك الشمس، والدلوك الثانِي غير الأوّل وفي رمضان علق بالشهر وهو واحِد، والمسألة مشكلة؛ فإن السبب لصوم رمضان الشهر وهو واحِد[١]، وهنا الأيمان[٢]، وهي متعددة لا اتصال لبعضها ببعض[٣] ويحتمل أن يقال إن صلوات الظهر مختلفة حكما؛ لأنّ الوقت جعل سببا للوجوب تشريفا للوقت كالبيت في باب الحج والوقت الثانِي غير الأوّل، وإنه مراعىٰ لإظهار شرفه فوجب تمييز[٤] الواجِب بالإضافة إلىٰ وقته ليظهر شرفه، فأما صيام رمضان فواحِد في حكم شرف الوقت لأنّ الشرف للشهر من حيث إنه رمضان لا لليوم من حيث إنه سبب واحد فلم يجِب تمييز أعداد الصوم بالإضافة إلىٰ وقته ويومه، وكذلِك الأيمان وجبت الكفّارة بها لهتك حرمة الاسم، وأنها حرمة واحِدة، فلم يجِب تميِيز[٥] بعضها عن بعض، وفي الظهار وجب[٦] لهتك حرمة الصدق بذلك التشبه الزور وأنه حرمة واحِدة، وإن اختلف النساء، لا حق للمرأة في الكفارة وكذلِك كفّارة القتل[٧] بهتك[٨] حرمة القتل حقّا لله لا للمقتول فلا يتعدد بتعدد المقتول، والله أعلم.

---

[١] «ص» (واجد).

[٢] «ن» (وههنا الأيمان)، «ص» (وههنا أيمان).

[٣] «أ» (لبعض)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٤] في «أ» (تميز)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٥] في «أ» (تميز)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٦] «ص»، «ن» (وجبت).

[٧] «ص»، «أ» (وكفارات القتل).

[٨] «ص» (لهتك).

وما بعد هذا مسائل تنسب على معرفة شروط الحنث:

|٨٥١| مسألةٌ: إذا حلف لا يدخل دار فلان هذه أو لا يكلم عبد فلان هذا فكلمه[١] بعد ما خرج عن ملك المحلوف عليه لم يحنث عِند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمد يحنث لأنّ الإضافة صفة فلغى اعتبارها مع الإشارة كما إذا حلف لا يكلم هذا الصبي فكلمه بعد ما شاخ[٢] أو حلف أن لا يكلم امرأة فلان هذه فكلمها بعد البينونة وهذا لأنّ الوصف للتعريف فيلغو مع الإشارة لأنّها تقطع الشركة بواحِدة بخِلاف الوصف وبخِلاف ما إذا حلف لا يدخل هذه الدّار فدخلها بعد ما صارت بستانا أو حمّامًا لا يحنث؛ لأنّ الدّار اسم لما يسمى دارا لا لما يسمى بستانا، والأسامي معتبرة مع الإشارة؛ لأنّها في التعريف كالإشارة ما وضعت الأسامي إلّا لعين لا يشاركه[٣] غيره فيه كالإشارة، وتبدُّل الاسم يدل على تبدل العين كما في الإشارة بخِلاف الوصف؛ لأنّه اسم حال العين والأحوال تختلف لعين واحِد مع قيامه[٤].

ألا ترى أنه لو اشترى فصّا بعينه على أنه ياقوت فإذا هو عقيق لم ينعقِد البيع[٥] فكانت العبرة للتسمية دون الإشارة، ولو قال على أنه ياقوت أحمر فإذا هو أخضر صح العقد وكانت العبرة للإشارة.

---

[١] «ص» (ففعله).

[٢] «أ» (واحد)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٣] «ن» (لا يشابه)، «ص»، «أ» (لا يشاركه).

[٤] «ن»، «ص» (لعين واحدة مع قيامها).

[٥] «ن»، «ص» (العقد).

إِلّا أنا نقول[١]: إن الإضافة وصف ولكنه داعي إِلىٰ اليمِين فيعتبر مع العين كالاسم، كما إذا[٢] حلف لا يأكل هذا الرطب فأكله بعد ما صار تمرا لم يحنث لزوال الرطوبة وهي صفة واسم[٣] حال للتمرة الخارجة من النخل بُسر ورطب وتمر كالصبا[٤] والشباب والشيب علىٰ ما بينا في مسألة بيع التمر بالرطب إذا تساويا كيلا[٥] أنه يجوز عِند أبي حنيفة.

وإذا أوصىٰ برطب بعينه فلم يمت حتّىٰ صار تمرا ثمّ مات كانت الوصية صحيحة، وتبدل الجنس يبطل الوصية كما إذا أوصىٰ برطب فلم يمت حتّىٰ جعل[٦] دبسا أو بيض فلم يمت حتّىٰ خرجت[٧] فراخا.

وإِنّما قلنا: هذه الصفة داعية إِلىٰ اليمِين لأنّ الإنسان إِنّما يحلف علىٰ فعل لا يفعله لداعي[٨] له إِلىٰ ذلك، والداعي عن[٩] الامتناع عن دخول الدّار قد يكون للدار نفسها بأن تكون موحشة[١٠] ولمعنىٰ المالِك بأن يكون بينهما عداوة، بل لمعنىٰ المِلك يكون أكثر مما يكون من جهة الدّار نفسها فصار الوصف بدِلالة الحال مقصودا كالاسم.

---

[١] في هذا الموضع في «ص»: (ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن الإضافة).

[٢] «ص» (ألا ترىٰ لو).

[٣] «ص» (اسم).

[٤] «ن»، «ص» (الصبي).

[٥] «ص» (كيلا بكيل).

[٦] «ص» (بأن تكون الدار موحشة).

[٧] «ن» (صار)، «ص» (جعل).

[٨] «ص» (داع). «أ» (الداعي).

[٩] في «أ»: (عين).

[١٠] «ص» (داع).

ثمّ زوال الاسم يبطل اليمِين فكذلِك الوصف وكالرطب؛ فإن[١] الانسان قد يمتنع عن أكل الرطب لرطوبه[٢] لاتفاق حال وقد يرغب فيه؛ لأنّه رطب فهي صفة مقصودة أكلا وتركا، فاعتبرت الصفة شرطا في اليمِين كالاسم، ولا يلزم المرأة فإنها متكلفة يمكنها إزالة وحشة الزوج بعشر لها[٣]، وليس للزوج منعها ما[٤] يباح لها شرعا من جنس الحلف، فلا تبقى الإضافة داعية إِلى معاداتها.

فأمّا العبد وإن كان ذا تكلف فللمولى منعه على العموم فسقط[٥] موجِب تكلفه لحجر المولى فيصِير كالدابّة والدار.

❊ فإن قِيل: لو حلف لا يكلم هذا الصبي فكلمه بعد الشيخوخة[٦] حنث والصبا صفة داعية إِلى الامتناع عن كلامه.

❊ قلنا: إن الصبي مرحوم عرفا وشرعا ومحتمل[٧] منه خرقه لحاله، فلا يصِير الصبا داعيا إِلى الحلف على أن لا يكلمه فيبقى[٨] العبرة للعين، والله أعلم.

|٨٥٢| **مسألةٌ**: إذا حلف لا يدخل دار فلان فاشترى فلان دارا فدخلها الحالف حنث عِند أبي حنيفة ومحمد.

---

[١] «ن» (لأن).

[٢] «ص» (لرطوبته). «أ» (للرطوبة).

[٣] في «أ»: (بعِشرتها).

[٤] في «أ»: (عمّا).

[٥] «ص»، «أ» (فيسقط).

[٦] «ن»، «ص» (بعد ما شاخ).

[٧] «ن»، «ص» (يحتمل).

[٨] في «ن»، «ص» (فتبقى).

وقال أبو يوسف ﷺ: لا يحنث لأنّ الدور[١] لا تشترىٰ[٢] كل حين غالبا، وإنّما يكون[٣] للدوام، فدلت هذه الحالة علىٰ دار كانت له يوم الحلف، وبقيت إلىٰ يوم الدخول لا دارا تتجدد، كما إذا حلف لا يكلم امرأة فلان فإن اليمين ينصرف إلىٰ المرأة القائمة يوم الحلف.

إلا أنا نقول: إن الإضافة في باب الدّار معتبرة كالاسم، فلا يعتبر العين معه عند عدم التعيين والإشارة، كما في الثوب والعبد. وكما لو عيّن الدّار ولم يصف لم تعتبر[٤] الإضافة، بخلاف المرأة؛ لأنّ حكم العين فيها أغلب من حكم الإضافة علىٰ ما مر، فجاز أن لا يسقط اعتبار العين وإن عدم التعيين بالدليل الذي ذكره أبو يوسف، والله أعلم.

|٨٥٣| مسألةٌ: إذا حلف الحضري لا يدخل بيتا فدخل بيتا من شعر لم يحنث إلّا أن ينويه عند الحلف.

وقال الشافعي(٥) ﷺ: يحنث لأنّه عم ولم يخص ألا ترىٰ أن البدوي لو حلف بمثله[٦] حنث أي البيتين دخل.

إلا أنا نقول: الحضري لا يسمي بيت الشّعر بيتا مطلقا، بل يسميه خيمة أو

[١] «ص» «أ» (الدار).
[٢] «أ»، «ن» (يكون)، والمثبت من «ص».
[٣] «أ»، «ن» (لا يشترىٰ)، والمثبت من «ص».
[٤] «أ»، (يعتبر)، والمثبت من «ص».
(٥) انظر «الأمّ» (٧٦/٧)، «مختصر المزني» (٤٠٢/٨)، «الحاوي الكبير» (٣٥١/١٥).
[٦] «ن» (عليه).

خباء لنقصان في معنى الصلاح للبيتوتة[١] للخيمة[٢] إذا قوبلت بالبيت من المدَر.

ولما انتقضت[٣] حالها[٤] عِندهم حتّى لم يتعارف عندهم بيتا مطلقا بل مقيدا أو باسم على حدة، لم يدخل تحت مطلق الاسم وصار مخصوصا عنه بعرف التسمية[٥]، كما إذا اشترى شيئا بدراهم انصرف إلى نقد البلد، لأنّ النقد للرواج[٦]، وغير هذا النقد لا يسمى دراهم عِندهم؛ لنقصان الرواج عِند المقابلة بنقدهم إِلّا مقيدا بالإضافة إِلى بلد آخر، فلم يدخل تحت مطلق اسم الدراهم.

|٨٥٤| **مسألةٌ:** إذا حلف لا يأكل[٧] إداما فهو على ما يصطبغ به عِند أبي حنيفة وأبي يوسف ﷺ كالخل والملح والمرقة ونحوها.

وقال محمد: إنه على كل ما يؤكل[٨] بالخبز عادة كالبيض واللحم؛[٩] لأنّ حقِيقة[١٠] الاسم من المؤادمة وهي الموافقة وقد وجدت ولم يقم دِلالة التخصيص عرفا، فبقيت تحت الاسم.

إلا أنا نقول: إن الإدام من الموافقة يحتمل الخبز واللحم؛ لأنّ كل واحِد

[١] «ن» (صلاح البيتوتة).
[٢] «ن» (لحتمه).
[٣] «ن»، «ص» (انتقصت).
[٤] «ص» (حاله).
[٥] «ص» (عند تعرف التسمية)، والمثبت من «ن»، «أ».
[٦] «ص» (لأن نقد الرايج).
[٧] «ن» (لا يتناول).
[٨] «ص» (مأكول).
[٩] «ن»، (كاللحم والبيض).
[١٠] «ص» (لمحمد أن).

منهما[١] مما يوافق الآخر فلم يكن أحدهما بأولى من الآخر إلّا أن يصِير أحدهما تبعا للآخر حسًّا كالخل فإنه يصِير وصفا للخبز عِند الأكل فيصِير أولى بأن يجعل إداما والآخر مقصودا للأكل المقرون به، فإما يكون بينه وبين الخبز فيه مجاورة عِند الأكل فالأكل يحِلّ بكل جزء منها مقصودا واعتبر محمد الحال والقصد، والله أعلم.

|٨٥٥| **مسألةٌ**: إذا حلف لا يأكل فاكهة لم يقع على الرطب والتمر والرمان والعنب عِند أبي حنيفة.

وعِندهما: يقع لأنّها رأس[٢] الفواكه تسمية وعرفا، وإنّما أفرد الله تعالى هذه الأشياء بالذكر مع الفاكهة لزيادة شرف لها على غيرها هكذا كما قال الله: ﴿وَإِذْ أَخَذْنَا مِنَ ٱلنَّبِيِّـۧنَ مِيثَٰقَهُمْ وَمِنكَ وَمِن نُّوحٍ﴾ [الأحزاب: ٧]، وقال تعالى: ﴿وَمَلَٰٓئِكَتِهِۦ وَرُسُلِهِۦ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَىٰلَ﴾ [البقرة: ٩٨].

إلا أنه احتج: بقول الله: ﴿وَعِنَبًا وَقَضْبًا ۝٢٨ وَزَيْتُونًا وَنَخْلًا ۝٢٩ وَحَدَآئِقَ غُلْبًا ۝٣٠ وَفَٰكِهَةً وَأَبًّا﴾ [عبس: ٢٨ ـ ٣١]، والمعطوف غير المعطوف عليه في الحقِيقة وغيره مجاز، وكذلِك قال الله تعالى: ﴿فِيهِمَا فَٰكِهَةٌ وَنَخْلٌ وَرُمَّانٌ﴾ [الرحمن: ٦٨]؛ وهذا لأنّ الفاكهة اسم لما يتفكه به أي يتلهّى بأكله تبعا لغيره لا اقتصارا عليه، ومنه سمي المزاح مفاكهة، وهذا المعنى في العنب والتمر قاصر؛ لأنّه كما يعدّ له يعدّ[٣]

[١] «ص»، (كلا منهما).

[٢] «ن»، (بأس).

[٣] «ن»، «ص». (بعد).

التمر للحبس[١] والدبس والنبيذ، وكذلك العنب[٢] للعصير فاكهة عادة فصار معنى[٣] التفكه به مختلا فلم يدخل تحت مطلق الاسم، كما لا يدخل بيت الشعر تحت مطلق اسم البيت في الحضر، والسمك تحت مطلق اسم اللحم، وصلاة الجنازة تحت مطلق اسم الصلاة، والله أعلم.

|٨٥٦| **مسألةٌ**: إذا حلف لا يأكل شحما فأكل شحم الظهر لم يحنث عِند أبي حنيفة رحمه الله.

وعِندهما يحنث لأنّه عمّ ولم يخص ودل عليه قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلَّذِينَ هَادُواْ حَرَّمْنَا كُلَّ ذِى ظُفُرٍ﴾ الآية [الأنعام: ١٤٦]، فاستثنى ما حملت الظهور[٤] من الشحم فدل أن الجنس واحِد.

إلا أنه يقول: إن الناس لا يتعارفون من مطلق اسم الشحم ما على الظهر بل اختص ذلك باسم السمن[٥] حتى إن[٦] بائعه لا يسمى شحاما بل يسمى لحاما ولا يستعمل أيضا استعمال الشحوم؛ لنقصان معنى الشحمية فيه فلا يدخل تحت مطلق الاسم على ما مر.

|٨٥٧| **مسألةٌ**: وإذا حلف لا يأكل لحما فأكل شحم الظهر حنث.

[١] «ص» (للجنس).
[٢] «ص» زيادة كلمة (عند).
[٣] «ص» (مع).
[٤] «ن»، (ظهورهما).
[٥] «ص» (السمين).
[٦] «ن» (فإن).

وهذه المسألة في الحقِيقة فرع مسألة أكل الحِنطة ، أن الحقيقة مراد وهو الأكل قضما ، فكذا في هذا الشحم وهو الحقيقة مراد ، فلا يتناول شحم الظهر وهو مجاز .

|٨٥٨| **مسألةٌ**: إذا حلف لا يركب دابّة فلان فركب دابّة عبده لا يحنث عِندهما[١].

وقال محمد رحمه الله[٢]: يحنث لأنّها ملك المولىٰ فكانت الإضافة ثابتة حقِيقة.

إلا أنهما يقولان: اجتمعا[٣] لو حلف لا يركب دابّة عبد فلان فركبها حنث وهو إضافة مجاز لحق[٤] اليد ، فإن الناس يقولون هذه دابّة عبد فلان وليست بدابّة المولىٰ[٥] بحق التسلِيم إلىٰ العبد ، فصارت الحقِيقة مخصوصة بعرف الاستعمال ، ولأنّ الحقِيقة والمجاز لا يجتمعان تحت لفظ واحِد.

بخِلاف ما إذا حلف لا يدخل دار فلان فدخل دارا له يسكنها غيره بإجارة فإنه يحنث ؛ لأنّ الإضافة إلىٰ المِلك غير منقطعة. فإنك تقول: هذه دار فلان استأجرها فلان ، ولأنّ حقِيقة الإضافة بملك الرقبة ومجازها بملك السكنىٰ ، والمالِك والمستأجر اشتركا في ملك السكنىٰ ؛ لأنّه يتلقىٰ المِلك في السكنىٰ من جهة المالِك فيقع[٦] له أولا ثمّ للمستأجر حكما فيحنث في البابين عملا بالمجاز

[١] «ن» (عند أبي حنيفة وأبي يوسف).

[٢] «ن» (وعند محمد).

[٣] في «أ» (اجتمعنا) ، والمثبت من «ن» ، «ص».

[٤] «ص» (محل الحق).

[٥] «ن» ، «ص». (للمولىٰ).

[٦] «ن» (يقع).

دون الحقِيقة، فأما العبد فما له ملك منفعة ولا رقبة، وإنّما يضاف في اليد الثابتة له بإذن المولىٰ؛ وذلك يثبت[١] علىٰ طريق فك الحجر فلا يثبت بتمليك المولىٰ من[٢] جهته علىٰ ما عرف في المأذون، فتبقىٰ[٣] العبرة لليد القائمة دون المِلك[٤] وهي مجاز، وإذا صار المجاز مرادا باللفظ بطلت الحقِيقة علىٰ ما نبين[٥] بعد هذا.

|٨٥٩| **مسألةٌ:** إذا حلف[٦] لا يأكل من هذه الحِنطة فأكل من خبزها لم يحنث عِند أبي حنيفة.

وعِندهما: يحنث.

وكذلِك لو حلف لا يشرب من الفرات فشرب منه اغترافا أو من إناء أخذه من الفرات، قالا: لأنّ الاستعمال قائم في الحالين.

يقول الرجل: أكلنا[٧] أجود حِنطة يعني الخبز، وفلان يشرب من دجلة والفرات وإن كان يشرب في بيته من إناء، لا ينقطع النسبة إِلّا بنهر آخر مثله فيضاف إليه.

وأبو حنيفة ﷺ يقول: أجمعنا أن الحقِيقة مرادة وهي أكل الحِنطة كذلِك،

---

[١] زاد في «أ»: (له).

[٢] في «أ»: (ومن).

[٣] «ن» (لكن).

[٤] «أ» (الملكية)، «ص» (الممتلكة)، والمثبت من «ن».

[٥] «ن» (تبين).

[٦] «ن» (أكل).

[٧] «ص» (أكله).

وكذلك الشرب كرعا من الفرات، وهو[١] اسم لعمق النهر الذي يجري فيه الماء، فيبطل[٢] أن يكون المجاز مرادا؛ لأنّهما لا يجتمعان تحت لفظ واحِد على ما بينا في تقويم أصول الفقه(٣).

بخِلاف ما إذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان فدخلها ماشيا حنث وهو حقِيقة، ولو دخلها راكبا حنث أيضا وهو مجاز؛ لأنّه في العرف يصِير عِبارة عن الدخول، ثمّ الدخول الذي هو مجازه يعم نوعي الدخول، فكان الحِنث بعموم المجاز لا بالحقِيقة والمجاز.

فأما إذا أكل الحِنطة في مسألتنا هذه فإنه يحنث؛ لأنّه أكل عين الحِنطة التي هي حقِيقة لا أنه يحنث بلفظ آخر وهو مجاز وهي من مسائل أصول الفقه، وعلى هذا إذا حلف لا يأكل شحما فأكل شحم الظهر لم يحنث عنده؛ لأنّ شحم الظهر وهو سمن اللحم من اللحم، حتّى إذا حلف لا يأكل لحما فأكله حنث، ولأنّه صفة اللحم وهو السمن، إلّا أنه يسمى شحما مجازا؛ لشبهه به صورةً ومعنًى من حيث يذوب، والحقِيقة مرادة من الشحم فلا ينصرف إلى مجازه عِند أبي حنيفة، وعِندهما ينصرف؛ لأنّه متعارف شحما تسمية وبيعا في بلادهم؛ لأنّ السمن عِندهم يسلخ سلخا، فيباع وحده على سعر الشحم مع الشّحم ويسمى باسمه، والله أعلم.

|٨٦٠| **مسألةٌ**: إذا حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا بعضه بسر حنث عِندهما.

وعِند أبي يوسف ﷺ لا يحنث لأنّ الاسم للغالب منهما.

---

[١] في «أ»: (فإنه).

[٢] «ن»، «ص» (فبطل).

(٣) انظر: «تقويم الأدلة في أصول الفقه» (ص: ١٢١).

إلا أنا نقول: البعض الذي هو بسر لم يصر مستهلكا بما هو رطب، وإن قلّ والأكل يحله قصدا فيحنث وإن أكل بغيره، كما إذا حلف لا يأكل هذه الحبة من الحِنطة فأكلها بحبات أخر[١]، بخِلاف ما إذا حلف لا يشتري شعيرا فاشترى حِنطة فيها حبات شعير لم يحنث؛ لأنّ الشِّراء يحِلّ الجملة والحبات من الشعير مستهلكة حكما فيما دخل تحت الشِّراء، فأما الأكل فيلاقي كل جزء من الرطب على حدة؛ لأنّه أمرٌ حسي، فيصِير كما لو اشترى حفنة من شعير على حدة وأكرار حِنطة على حدة ثمّ خلطه، والله أعلم.

|٨٦١| مسألةٌ: إذا قال لآخر: تعال فتغد معي، فقال: والله لا أتغدى انصرف إلى ذلك الغداء في ذلك الفور.

وقال زفر ﷺ: هو على كل غداء على الأبد كما لو ابتدأ اليمِين به.

إلا أنا خصصناه وقيدناه بالفور بدِلالة الحال، وهي أنه أخرج الكلام مخرج الجواب ردا عليه، وهو إنّما دعي إلى ذلك الطعام في ذلك الفور، وهذا كالشِّراء بالدراهم ينصرف إلى نقد البلد بدِلالة الحال، والله أعلم.

|٨٦٢| مسألةٌ: إذا حلف لا يطلق امرأته فطلقها[٢] بيمِين سبق هذا الحلف لم يحنث، وقال زفر ﷺ: يحنث لأنّه إنّما يصِير مطلقا عِند الحنث.

إلا أنا نقول يصِير مطلقا حكما عِند الحنث لكن بلفظ تطليق سبق على

---

[١] «ص» (كما إذا حلف لا يأكل من هذه التمرة، فأكلها تمرا آخر).

[٢] «أ»، «ن» (فطلقت)، والمثبت من «ص».

الحِنث[١] فسمي مطلقا بذلك اللفظ، وهو جعل شرط الحنث فعل تطليق يوجد بعد اليمِين بأن لا يطلق؛ لأنّه عقده[٢] علىٰ نفي فعل في المستقبل.

[٨٦٣] **مسألةٌ:** إذا حلف لا يهب فقال: وهبت، ولم يقبله الموهوب له، حنث.

وقال زفر ﷺ: لا يحنث حتّىٰ يقبل الموهوب ويقبض؛ لأنّ تمامه بالقبض، ولأنّه كالقبول في البيع فلا يحنث بالبعض، كما إذا حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لم يحنث.

إلا أنا نقول: الهبة تمليك بغير شيء وذلك إِنّما يكون من جانب الواهب وحده، فأما[٣] الآخر فلا يملِك شيئا؛ وإِنّما يشترط قبوله وقبضه للتملك[٤] وشرط الحِنث مباشرة التمليك، والتمليك يتم سببه[٥] وإن انعدم التملك لعِلّة؛[٦] لأنّ الحكم قد يتراخىٰ عن العِلّة بعذر، كما إذا حلف لا يبيع فباع علىٰ أنه بالخيار، فأما البيع قبل القبول فليس ببيع؛ لأنّه عِبارة عن تمليك مال بمال، فما لم يكن من الجانبين فلا يتم بيعا، فإنه بتمليكين ما يكون والهبة بتمليك واحِد، وعلىٰ هذا الوكالة والوديعة وكل عقد كان الإطلاق والإِيجاب من جانب واحِد، والله أعلم.

---

[١] في «أ»: (الحلف).

[٢] «أ» (عقد)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٣] «ن». (وأما).

[٤] «ص» (للتمليك).

[٥] «ن» (لسببه).

[٦] «ن» (بعلة).

[٨٦٤] مسألةٌ: إذا حلف لا يكلم فلانا دهرا، قال أبو حنيفة: لا أوقت في الدهر شيئا، ولا أدري ما الدهر، أي: في حقّ المقدار، وإذا قال: لا أكلمه الدهر انصرف إلىٰ العمر كله.

وقال أبو يوسف ومحمد ﷺ: هو علىٰ ستة أشهر؛ لأنّ الناس يتعارفون منه الزمان.

والظاهر أن الجواب لا يفترق علىٰ قولهما بين الدهر وبين قوله دهرا، فإنه ذكر في الأصل أن الحين والزمان علىٰ ستة أشهر، ثم قال وكذلك الدهر علىٰ قولهما، قال الله تعالىٰ: ﴿هَلْ أَتَىٰ عَلَى ٱلْإِنسَٰنِ حِينٌ مِّنَ ٱلدَّهْرِ﴾ [الإنسان: ١]، أي: حين من الزمان.

ولأبي حنيفة: أن الدهر في اللّغة ليس باسم للزمان وإنّما يراد منه الزمان مجازا، بدِلالة ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الله تعالىٰ يقول: يسب ابن آدم الدهر وأنا الدهر بيدي الأمور أقلبها كيف شئت»(١) يعني نسبوا مقلب الأمور إلىٰ شر، فالدهر إذا ما يقلب الأمور عِندهم، والزمان: اسم لما ظهر من تغير الوقت بدوران الفلك لا لما يغير الأحوال، غير أن الأحوال مما يتغير في هذه الأزمنة، فيكون محلّ التغير فيضاف الفِعل إليها[٢] مجازا؛ فيقال: فعل الزمان كذا، كما يقال: سال النهر[٣]، ولما أطلق عليه اسم الفاعل[٤] مجازا صار بمعنىٰ الدهر في مجازه، والكلام لحقِيقته وعلىٰ الحقِيقة هو غير الزمان فلا يتقدر بمقدار الزمان.

---

(١) رواه البخاري (٤٨٢٦)، ومسلم (٢٢٤٦) من حديث أبي هريرة ﷺ.

[٢] «ص» (إليه).

[٣] «ص» (المبعث).

[٤] «ص» (اسم البقا على).

إلا أنا نقول: الدهر، فيصِير عِبارة عن الكل بحكم الألف واللام، فيصِير بمعنىٰ الأبد، ودهر بعض الأبد، والله سبحانه أعلم.

|٨٦٥| **مسألةٌ**: إذا حلف لا يكلم فلانا الأيام أو الجمع أو الشهور أو السنين انصرف إِلىٰ العشرة عِند أبي حنيفة ﷺ.

وقال صاحباه:[١] الأيام ينصرف إِلىٰ الأسبوع والشهور إِلىٰ السنة والجمع والسينين ينصرف إِلىٰ الأبد؛ لأنّ الألف واللام للتعريف علىٰ ما عرف، فإن كان لما دخل عليه معهود عرفه وإلا عرف الجنس بالاستغراق، وللأيام أيام[٢] معهودة يدور عليها الحساب وهي سبعة أيام، وللشهور شهور معلومة بأسمائها يدور عليها السنون وهي اثنا عشر شهرا فانصرف إليها، وأما[٣] الجمع والسّنون فما لها معهود فانصرف الألف واللام إِلىٰ الجنس فصار بمعنىٰ الأبد.

وأما أبو حنيفة ﷺ فيقول: لهذا الاسم الجمع في نفسه معهود ينتهي إليه وهو العشرة، فإنه يقول[٤]: ثلاثة أيام إِلىٰ عشرة أيام، ثمّ يقول بعد ذلك: أحد عشر يوما فيفرده، وكذلِك سائرها وكان الصرف إِلىٰ تعريف هذا المعهود أولىٰ من الصرف إلىٰ تعريف الأسبوع، فإنها ينتهي أياما بأسمائها لا بأنفسها، فإن أيام أسبوع آخر منها وهي أيام آخر متوالية علىٰ الماضية كالأحد علىٰ السبت لا أن يكون متكررة، وإنّما الاسم يتكرر عليها كاسم زيد فإنه يتكرر علىٰ رجلين، وإذا

---

[١] «أ»، «ن» (وقالا)، والمثبت من «ص».

[٢] «ن» (آيات).

[٣] في «ن» (أما).

[٤] «ص» (فإنك تقول).

كان كذلك كان التعريف للأسامي دون الأيام فالصرف إلىٰ تعريفها في أنفسها أولىٰ.

❁ فإن قِيل: إنّما ينتهي الأيام إلىٰ عشرة لغة مقرونة بالعدد لا مطلقة وإنّما ذكر الأيام مطلقة عن العدد.

❁ قلنا: نعم، وإن كانت مقرونة بالعدد فهي نهاية لاسم الأيام فكانت أقرب إلىٰ الحقِيقة، ولأنّ ما بعد العشرة أيام مطلقة ويوم مقرونة بالعدد فلم يدخل تحت الأيام التي هي اسم الجمع من كل وجه.

وإن قِيل: أليس لو قال والله لا أتزوج النِّساء لا ينصرف إلىٰ العشرة؟

❁ قلنا: لقيام دِلالة الإجماع أن المراد به الجنس لا معنىٰ الجمع فصار كاسم الإنس والماء فانصرف إلىٰ أقل ما يدخل تحت الاسم بالإجماع. ألا ترىٰ أن أبا حنيفة إن لم يصرف إلىٰ العشرة فهما ما صرفا إلىٰ الكل بخِلاف السنين والجمع، فعلم أن معنىٰ الجماعة ساقط من النِّساء بالإجماع لضرب دِلالة عرف، وإنما تعليلنا لاسم الجماعة المعتبر جماعة.

❁ فإن قِيل: ذكر في الأيْمان لو حلف لا يكلم فلانا أياما فانصرف إلىٰ عشرة عِند أبي حنيفة وما فيها تعريف.

❁ قلنا: إنه عدم العِلّة علىٰ أنه ذكر في الجامع أنه ينصرف إلىٰ ثلاثة وهو الصحيح لأنّه جمع تنكير.

❁ فإن قِيل: هذا لا يستقيم في الشهور فإنه لا يقال: ثلاثة شهور وإنّما يقال ثلاثة أشهر(١).

---

(١) انظر: «تصحيح التصحيف وتحرير التحريف» (ص: ١٩٩).

❁ قلنا: يقال ثلاثة شهور كما قال الله: ﴿ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

ولهذا قال أبو حنيفة ﷺ في الجامع: إذا قال لفلان علي كل درهم من الدراهم فلزمه[١] عشرة؛ لأنّ الدراهم عِنده عشرة، وكل درهم منها عشرة، وكذلِك إذا قال لفلان علي الدراهم كانت عشرة، وإذا قال لفلان علي دنانير أو دراهم كثيرة لزمته عشرة؛ لأنّ العشرة نهاية كثير الدراهم مقرونة بالعدد، والله أعلم.

[٨٦٦] **مسألةٌ**: إذا حلفت المرأة لا تلبس الحلي فلبست عقد لؤلؤ خالص لم تحنث عِند أبي حنيفة ﷺ.

وعِندهما[٢]: تحنث لأنّ اللؤلؤ أشرف الحلي قال الله: ﴿وَتَسۡتَخۡرِجُونَ حِلۡيَةٗ تَلۡبَسُونَهَا﴾ [فاطر: ١٢] وقال الله: ﴿يُحَلَّوۡنَ فِيهَا مِنۡ أَسَاوِرَ مِن ذَهَبٖ وَلُؤۡلُؤٗا﴾ [فاطر: ٣٣]، بمعنىٰ ويحلون لؤلؤا.

وأما أبو حنيفة فإنه يقول: اللؤلؤ وحده ليس بحلي مطلق؛ لأنّه اسم لما يتحلىٰ به النّساء عادة، أي: يتزينّ به، ولن يكون بالعادة باللؤلؤ وحده، وأما الحلية فاسم للزينة يقال: كتبت حلية فلان أي: ما يتزين به من أوصافه، وكان اللؤلؤ من الحلية أي: الزينة، وقد تحلىٰ المرأة باللؤلؤ كما قال الله، ولكن لا عادة به فلم يكن حليا مطلقا، كالسمك لا يدخل تحت مطلق اسم اللحم علىٰ ما مر.

[١] «ص» (إنه يلزمه).

[٢] «ص» (وقال صاحباه).

[٨٦٧] مسألةٌ: إذا قال الرجل لامرأته وهي أمة إذا مات مولاك فأنت طالق فمات مولاها والزوج وارثه طلقت عِند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد وزفر رضي الله عنهما: لا تطلق.

ولو قال لها: إذا مات مولاك فأنت حرة والمسألة بحالها فمات لم تعتق عِندنا. وقال زفر رضي الله عنه تعتق.

أما زفر رضي الله عنه، فإنه يقول: لما كان سبب الإرث بينهما ثابتا كان الموت سبب ملك له فصار، كأنه قال: إن ورثتك فأنت طالق أو حرة فلا يقع الطلاق لفساد النكاح بالمِلك، ويقع العتاق لإضافة العتق إلىٰ حالة المِلك، وكان بمنزلة قوله: إن اشتريتك فأنت طالق وحرة، بخِلاف ما إذا قال: إن باعك مولاك، لأنّه أضافه إلىٰ سبب زوال المِلك دون تملكه؛ لأنّ البيع سبب زوال ملك المالِك وسبب الزوال إليه غير ثابت ليكون بمنزلة الشِّراء، إلّا أن يقول نصّا: إذا باعك مولاك مني فأنت حرة وطالق، أن العتاق يصح دون الطلاق كما في هذه المسألة؛ لأنّه أضاف السبب إليه فأشبه مسألتنا هذه؛ لقيام القيد الموجِب للملك قبل تلفظه وهو سبب الإرث.

دل عليه: أن الاختلاف ثابتٌ فيما إذا كانت الأمة مملوكة له فقال: إذا مات فلان فأنت حرة فخرجت إلىٰ ملك فلان ثمّ مات فلان وهو وارثه، فإنه لا إشكال هاهنا أن اليمِين صحيحة ابتِداء؛ لأنّه عقدها في ملكه، وإنّما يقع الإشكال في الإرث[١]، وقد تكلمنا فيه.

ومحمد رضي الله عنه يقول: حال الإرث حال تملك، وحال فساد النكاح والطلاق

---

[١] «ص» (في الحنث).

لا يقع حال فساد النكاح، إنّما يقع في ملك صحيح، وكذلك العتاق لا يقع حال التملك إنّما يقع بعد المِلك.

وهما يقولان: إن اليمين بالطلاق صحيح؛ لأنّه عقدها في ملكه قائم، وأضاف إلىٰ شرط احتمل الوجود في المِلك؛ لأنّ موت فلان إذا كان قبل موت الحالف حصل الشرط في ملك الحالف؛ لأنّ الموت سبب انقطاع الأملاك من الميت؛ لأنّه بالموت لا يبقىٰ أهلا فينقطع، ثمّ ينتقل إلىٰ الوارث ثمّ يملِكه الوارث، فحال تمام الشرط حال انقطاع ملك الميت وما هو بحال فساد النكاح، فإن النكاح يفسد بملك الوارث وذلك بعد هذا بحال أو حالين وصار كما لو قال لها: إذا باعك مولاك فأنت طالق فباعها من الزوج فإن الطلاق يقع، ولهذا لا يقع العتاق؛ لأنّ الشرط يتم بالموت فيحنث، وتلك حال انقطاع ملك الميت لا حال تملك الحالف والتمليك بعده بساعة.

بخِلاف قوله: إن باعك مولاك مني فأنت حرة أو طالق[١]، فإن الجواب كما قال زفر رضي الله عنه: لأنّه عِبارة عن قوله إذا ملكك إياي والتمليك إياه لا يكون إلّا بتملكه فصار كأنه قال: إذا ملكتك، فأما إذا لم يقل مني لم يثبت تملكه؛ لأنّه إنّما يثبت مقتضىٰ ولا يثبت إلّا ضرورة ولا ضرورة، فإن التمليك المطلق يتم تملك غيره، ولما لم يثبت لم يصح اليمين غير مضاف إلىٰ المِلك، ولا يوقف الحنث إن صحت اليمين علىٰ المِلك.

وأما قوله: إن سبب الإرث قائم هاهنا فلا كذلِك؛ لأنّ موت فلان مطلقا بسبب انقطاع ملكه لا غير؛ فأما الانتقال إليه فلا يثبت لا محالة، فإنه قد يحجب

[١] «ص» (وطالق).

بأسباب وإذا لم يكن فيه ضرورة لم يصر السبب القائم بمنزلة نص موجِب الملك له، وهذه شبهة المسألة.

|٨٦٨| **مسألةٌ**: وقال في الجامع الصغير في رجل تحته أمة فقال لها: إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين، فقال مولاها: إذا جاء غد فأنت حرة فجاء غد طلقت ثنتين وعتقت ولا تحل للزوج حتّىٰ تنكح زوجا غيره عِند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمدٌ رحمه الله: للزوج أن يراجعها بالثالثة لأنّ العتاق والطلاق علقا بشرط واحِد معا فلا يقع الطلاق إلا والعتاق معه فلا تحرم إلّا بثلاث.

وهما يقولان: حال وقوع العتاق وحال وقوع الطلاق واحِد وحال وقوع العتاق لا عتاق فلا يصادف الطلاق إلّا ملك نكاح الإماء فيحرم بتطليقتين، ولا بد من تقدم العتق علىٰ الطلاق ليصادف الطلاق ملك الحرة.

بخِلاف ما إذا قال لها زوجها: أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك، لأنّ كلمة «مع» في معنىٰ «إن»، لأنه للقران ولن يقترن طلاق غير واقع بعتق غير واقع إلّا إذا علق أحدها بالآخر حلولا أو علقا بشرط واحِد، وهاهنا علق الطلاق بالعتاق، ولما لم يكن للقران سبب غير التعليق صار بمعنىٰ الشرط؛ فلم يقع الطلاق إلّا بعد العتاق، وهذا كمن تزوج امرأة علىٰ أنها طالق، فإن الطلاق يقع كما لو قال لها: إن تزوجتك فأنت طالق؛ وكلمة «علىٰ» توجب القران؛ لأنّه لا يمكن أن يقرن طلاق لم يقع بنكاحٍ إلّا بالتعليق فصار بمعنىٰ الشرط؛ فتأخر عنه الطلاق فصح.

والمسألة في الجامع الصغير[١].

[٨٦٩] مسألةٌ: وقال في الجامع الصغير في رجل قال لامرأته: كل ثوب ألبسه من غزلك فهو هدي فلبس ثوبا من غزلته من قطن الزوج أهدي، سواء كان من قطن كان يوم الحلف أو اشتري بعده عِند أبي حنيفة.

وعِندهما: لا يصح النذر فيما اشترىٰ؛ لأنّ قوله: ألبسه من غزلك ليس بسبب ملك الثوب؛ لأنّ غزلها قد يكون بقطن نفسها فلا يملِك الزوج، وقد يكون بقطن الزوج بإذنه فيكون الثوب ملكا للزوج. ولما لم يكن في قوله: من غزلك ذكر ملك الثوب لم يصح اليمِين إلّا علىٰ المِلك القائم وقت اليمِين، كما إذا قال: كل جارِية تسريتها فهي حرة، فتسرىٰ جارِية ملكها بعد اليمِين لم تعتق، وإِنّما تعتق جارِية تسراها وكانت ملكا له يوم حلف؛ لأن التسري هو الجماع لطلب الولد لغة، وكانت العرب تعتاد الطّلب في ملك نفسه وملك غيره، وكانوا يستحلفون الإنسان[٢] بالزنا، علىٰ ما عرف في موضعه، فلم يكن التسري لغة دِلالة علىٰ ملك الأمة فلم يصح اليمِين إلّا بناءً علىٰ المِلك القائم يوم الحلف.

وأبو حنيفة يقول: العادة الجارِية بين الأزواج وبين النِّساء، أن المرأة إنما تغزل من قطن الزوج بإذنه وربما تمن بغزلها؛ فصار يمِين الزوج بدِلالة الحال خاصة علىٰ غزلها قطن الزوج بإذنه كما قيل في مسائل العور[٣] بدِلالة الحال، بخِلاف التسري فلا عرف علىٰ ما عليه اللّغة وإِنّما يفيد الأمر في التسري علىٰ

---

[١] «ص» (في الجامع الكبير).

[٢] «ن» (الأنساب).

[٣] «ص» (الغور).

الحال بالشّرع ، وهذه أيمان مبنية على العرف عِندهم.

وليس في أمثال هذه المسائل كثير فقه ، والله أعلم.

تم كتاب الأيمان بحمد الله ومنّه.

كتابُ
الجامع الكبير

بسم الله الرحمن الرحيم

|٨٧٠| **مسألةٌ**: من كان له مائتا قفيز حِنطة للتجارة تساوي مائتي درهم فحال الحول وجب عليه إخراج خمسة أقفزة منها أو خمسة دراهم، فإن لم يخرج حتىٰ صارت الحِنطة تساوي مئة درهم كان الجواب كذلِك عِند أبي حنيفة.

وقال صاحِباه: إن أدىٰ القِيمة أدىٰ درهمين ونصف يوم يؤدي؛ لأن الواجِب في باب الزكاة إخراج بعض العين بقدر ما سمي علىٰ ما عرف في الأصل، إلّا أنه جعل للمؤدي الأداء بقِيمة الواجِب، والأصل هي خمسة أقفزة فيما نحن فيه، ولو أخرجها كذلِك بعد تغير السلعة[١] أجزأته، فإذا أدىٰ قيمتها أدىٰ قيمتها يوم يؤدي كسائر الحقوق التي تجعل إِلىٰ المؤدي حقّ الأداء بقِيمة الأصل فإن القِيمة تعتبر يوم الأداء.

ولأبي حنيفة: أن الأداء من القِيمة لم يجعل بنصٍ آخر بدلا عن الأوّل بدِليل الجواز مع قيام الأصل، بل نص الإيتاء من العين ما ورد إِلّا معلولا بالقِيمة في حقّ الأداء إِلىٰ القفيز، فصار التّعدّي إِلىٰ القِيمة بعِلّة النص يوم وجب[٢] عليه لا بإرادته الأداء فتعتبر القِيمة يوم الوجوب، إِلّا أنه إذا أدىٰ من العين لم تعتبر القِيمة؛ لأنّ النص إذا علل تعلق الحكم في الفرع بعِلّة النص وفي الأصل تعين

---

[١] «ص». (السعر).

[٢] في «أ»: (النص ثم يوجد).

النص لا بالعِلّة[١] عِند أبي حنيفة، كأن النبي ﷺ قال "أدوا خمسة أقفزة أو خمسة دراهم" فيبقى كذلِك.

وما قالاه أوضح؛ لأنّ التعليل لم يقع بالدراهم، بل عين الخمسة أقفزة عِندنا صارت محلا لأداء حقّ القفيز، لأنّها مال مثل لها في المالية، وبهذا الوصف صار الأموال جنسا واحِدا في حقّ الأداء، ثمّ التّعدي من الدراهم والقِيمة تجب يوم تخرج لأنّ المثلية للتعدي إِلىٰ الأموال ثابتة يقينا من غير بيان قدر معلوم، والإعلام لا يجب إلّا حين الإخراج معتبر يوم الأداء.

|٨٧١| **مسألةٌ**: إذا وجب في ثمانين شاة شاة ثمّ هلك منها أربعون لم يسقط شيء عِند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد وزفر ﷺ: يسقط نصف شاة لما ذكرنا؛ أن الواجِب إخراج شاة شائعة من جملة النصاب منها فما يهلك يهلك بما فيه من الواجِب، كما إذا كان النصاب أربعون فهلك عشرون، ولئن قلتم نصفها عفو لا وجوب فيه فالهالك يهلك من العفو والنصاب جميعا، وكذلِك إذا كان النصاب مائة وإحدىٰ وعشرين شاة، ثمّ هلك الثلث[٢] يجِب أن لا يبقي الباقي بثلث الواجِب لا بشاة كاملة؛ لأنّ الشاتين وجبتا في جملة النصاب كالشاة في الأربعين، وكذلِك مال العشر ما يهلك يهلك بحصته من الواجِب، وكذلِك كل واجِب في عين.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف ﷺ: أن الشاة تجب في أربعين، فزِيادة عفو لا

---

[١] زاد في «أ»: (فالمثال)!.

[٢] في «أ»: (الثلثان).

وجوب فيه، والعفو في مال[١] الزكاة بيع للنصاب، فالهلاك ينصرف إلىٰ البيع كالربح في مال[٢] المضاربة، وكذلك النصاب الثاني بيع للأول بدلالة جواز[٣] تعجيل الزكاة عن نصابين بنصاب واحد، ولولا أن أصل السبب هو النصاب الأوّل، وإلا لما جاز كما إذا عجل قبل كمال النصاب، ولما صار النصاب الثاني تبعا، فالعفو الذي هو زيادة علىٰ النصاب أولىٰ أن يجعل تبعا، وإذا صار تبعا انصرف الهلاك إليه، ولن يهلك علىٰ الشيوع من المالين؛ لأنّ ذلك يكون بحكم الاستواء لا بنص يوجب الشركة، وأشبه رأس مال المضاربة مع الربح؛ ولأنّ الواجب يصدق ببعض النصاب لا شركة تثبت للفقراء، وكان يجب أن يبقىٰ الواجب ما بقي جزء من النصاب بقدر ما يكفي للتصدق، كمن نذر أن يتصدق بشاة من السائمة فهلكت إلّا واحدة بقي الواجب، وإنّما يسقط هاهنا؛ لأنّ التصدق وجبت مواساة قليلا من كثير، ولو بقي الكل ببقاء شاة لم يكن قليلا من كثير علىٰ ما قدر الشّرع أن يخرج جزاء من أربعين، فما بقيت أربعين كان شرط الأداء قائما فبقي الأداء كله، وإذا انتقص انتقص بقدره ليكون الواجب جزءًا من أربعين، والله أعلم.

|٨٧٢| مسألةٌ: إذا وجبت خمسة دراهم جياد زكاة مال فأدىٰ خمسة زيوفا أجزأه زكاة عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد ﷺ: عليه نقصان الزيافة؛ لأنّ الأداء من غير النصاب، إنّما

---

[١] «ص» (باب).

[٢] «ص» (باب).

[٣] «ص» (بدليل).

يجوز بشرط المماثلة قِيمة كما في غير الموزون، أو كما إذا أخرج من خِلاف جنسه بدونِ قيمته فعليه قدر النقصان، ولا يلزم لو أتلف علىٰ رجل خمسة دراهم جيادا وأدىٰ زيوفا فإنه لا يضمن الزيافة؛ لأنّه لو ضمنها كان ربا ولا ربا فيما بين العبد وبين الله، وأما الفقير فيأخذها صلة من الله تعالىٰ.

ولهما: أن الجودة في المكيلات والموزونات لا قِيمة لها بانفِرادها علىٰ ما بينا في كتاب البيوع وقيمتها عِند المقابلة تحسيبها راجعة إِلىٰ ذاتها، فصار المثل للواجِب وزنا مثله قِيمة شرعا.

فأما قوله: لمكان الربا لم يتقوم فغلط، بل الزِيادة صارت ربا؛ لأنّه لا قِيمة للجودة ومن منع شيئا لا يتقوم لا يضمن[١] من القِيمة ويكره له المنع كمن قصر أوصاف الصلاة بحيث لا[٢] يفوت ركنا منها فإنه يكره وأجزأته[٣] صلاته.

|٨٧٣| **مسألةٌ**: رجل له مائتا درهم فاستقرض قفيز حِنطة قبل الحول بيوم فحال الحول والقفيز قائم عِنده لم تجب الزكاة.

وقال زفر ﷺ: تجب؛ لأنّ الدين ينصرف إِلىٰ ما يجِب القضاء منه ما أمكن؛ لأنّه أولىٰ من مال لا يجِب القضاء منه، ألا ترىٰ إذا كان عِنده مائتا درهم وحِنطة للتجارة ولحقه دين حِنطة انصرف إِلىٰ الحِنطة.

ولنا: إِنّما ينصرف الدين[٤] إِلىٰ ما يتسارع القضاء منه[٥] هذا هو الأصل؛

[١] «ن» (لانضم).
[٢] «ص» (لم).
[٣] «ص» (وتجزئه).
[٤] «ص» (أن الدين إنما ينصرف).
[٥] «ص» (منه القضاء).

لأنّه أولىٰ من الذي يتباطأ منه، والقضاء من القرض لا يتسارع[١] لأنّه ما استقرضه إلّا لحاجته إليه، ومال الزكاة هو المال الفاضل عن الحاجة فيكون القضاء منه أمكن معنىٰ، فأما إذا كان المالان للزكاة فالحِنطة أولىٰ بالحِنطة؛ لأنّه لا يحتاج فيه إلىٰ المصارفة للقضاء، والله أعلم.

[٨٧٤] مسألةٌ: إذا قال الرّجل لأمرأته ولم يدخل بِها إن كلمتك فأنت طالق، إن كلمتك فأنت طالق، بانت منه وانعقدت اليمِين الثانِية.

وقال زفر رحمه الله: لا تنعقِد؛[٢] لأنّها تبين عِند قوله إن كلمتك كما لو سكت عليه فلم يصح قوله: فأنت طالق بعدما بانت.

إلا أنا نقول: إن كلمتك فأنت طالق كلام واحِد لأنّه كلام يمِين، ومتىٰ فصل الشرط عن الجزاء لم يبق يمِينا، وإذا كلمها بكلام هو يمِين لم يصر مكلما حتّىٰ يفرغ عن الجزاء كقولنا: لا إله إلّا الله كلمة توحيد ومتىٰ فصل النفي عن الاستثناء يصِير كفرا. ألا ترىٰ أنها لو كانت مدخولا بِها وقال: كلما كلمتك فأنت طالق كلما كلمتك فأنت طالق طلقت مرة ولم تجعل اليمِين الثانِية كلاما مرتين كما لو فصل بينهما، والله أعلم.

[٨٧٥] مسألةٌ: إذا قال الرجل لامرأته: إن تزوجتك فأنت طالق قبل ذلك فتزوجها لم تطلق عِند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: تطلق، لأنّه علق الطلاق قبل التزوج بالتزوج فيتأخر عن

[١] «ص» (والقضاء من الحنطة التي استقرضها لا يتسارع).

[٢] «أ» (لا ينعقد)، والمثبت من «ن»، «ص».

الشرط، كما لو قال لها: أنت طالق قبل أن أتزوجك إن تزوجتك، أو أنت طالق إن تزوجتك قبل أن أتزوجك، وهذا لأنّ الشرط يؤخر الجزاء عن نفسه.

إلا أنا نقول[١]: قبل صفة الطلاق في هذه المسائل لا للزوج؛ لأنّ الفِعل لا يتصوّر قبل أن يوجد، فإذا ذكر الطلاق بعد التزوج فقبل[٢] صار صفة لطلاق بعده تكلُّمًا، والطلاق الذي يتكلم به بعد التزوج، إذا وصف بأنه قبل التزوج لم يقع، كما إذا أرسل فقال بعد ما تزوجها: أنت طالق قبل أن أتزوجك، وأما إذا ذكر الطلاق قبل الشرط فقبل صفة الطلاق مذكور قبل التزوج، فإذا علق بالشرط تأخر عنه بالتعليق، كما لو قال: أنت طالق إن تزوجتك؛ لأنّه لو سكت عن الشرط كان طلاقا قبل التزوج فالتعليق به أخره.

ونظيره: ما قال أصحابنا الثلاثة فيمن يقول: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، إن كلمت فلانا فتزوج امرأة قبل الكلام وامرأة بعده لم تطلق الأخيرة. ولو قال: إن كلمت فلانا فكل امرأة أتزوجها فهي طالق والمسألة بحالها طلقت الأخيرة.

وقال زفر في المسألة الأولىٰ: تطلقان جميعا؛ لأنّه لما كلم صار الجزاء مرسلا.

[٨٧٦] **مسألةٌ**: إذا قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق إن كلمت فلانا فتزوج امرأة ثمّ كلم فلانا طلقت، فإن تزوج أخرىٰ لم تطلق عِندنا.

وقال[٣] زفر: تطلق؛ لأنّ قوله: كل امرأة أتزوجها فهي طالق يعم النِّساء أبدا

[١] «ص» (إلا أنهما يقولان).
[٢] «ص» (فقيل).
[٣] «ص» (وعند).

في عمره، فصار كما لو قال: كل امرأة أتزوجها أبدا فهي طالق، ولو قال أبدا كان الجواب كما قلنا، فكذا إذا لم يقل أبدا، وكل يعم النِّساء إذا تزوجهن في عمره.

إلا أنا نقول: قوله كل امرأة أتزوجها شرط، وقوله: فهي طالق إن كلمت فلانا جزاؤه، وأنه يمِين بالطلاق لا[١] طلاق فرد[٢]، ولو بقي اليمِين بعد الكلام لصار الجزاء طلاقا مرسلا يلزمه بالتزوج لا يمِين[٣] فاقتضىٰ كينونة الجزاء يمِينا بالطلاق، وأنه لا يعود بعد الكلام توقت[٤] اليمِين بالكلام ليكون كل جزائه كما قال يمِينا بالطلاق.

بخِلاف ما إذا قال: أبدا؛ لأنا أثبتنا الوقت في الفصل الأوّل مقتضىٰ من الجزاء، فإذا جاء النص علىٰ الوقت أبدا بطل اعتبار ما يضاده بالاقتضاء، فالنص قوله[٥]، ولما ثبت اليمِين أبدا بالنص، ولا يمكن تأبيده بإعادة الجزاء، كما قال: طلاقا متعلقا بكلام فلان؛ لأنّ فلانا واحِد، وكلمة كل لا يوجب[٦] تكرار الجزاء في مسمىٰ واحِد، كما لا يتكرر الطلاق علىٰ امرأة واحِدة وإن كرر تزوجها دل تأبيد وقت اليمِين علىٰ أن الجزاء قبل الكلام يمِين[٧]، وهو طلاق متعلق بالكلام وبعده طلاق مرسل غير متعلق بالكلام، فتعلق به انعقاد اليمِين بالطلاق؛ لا وقوع طلاق المحلوف بطلاقها فاقترن[٨] الجواب بين التقديم والتأخير بالإجماع في

---

[١] «ص» (ولا).
[٢] «ص» (ورد).
[٣] «ص» (يمينا).
[٤] في «ن»، (بوقت)، «ص» (لوقت).
[٥] «ص» (فوقه).
[٦] «ص» (لا توجب).
[٧] إلىٰ هنا ينتهي الكلام «ص»، وآخره: (وبعد الكلام طلاق غير متعلق بالكلام).
[٨] في «أ»: (نافترق).

حقّ الحِنث المتعلق بالكلام، وكذلِك في مسألتنا هذه جاز الاختلاف بدليله، والله تعالىٰ أعلم.

[٨٧٧] مسألةٌ: إذا حلف لا يخرج من الدّار إِلّا إن أذِن له فأذِن له بطل اليمِين، كما لو قال: (حتىٰ).

وقال الفراء: لا تبطل؛ لأن قوله: (إلا أن) استثناء به فصار بمعنىٰ قوله: إِلّا بإذني، ألا ترىٰ أن الله تعالىٰ يقول: ﴿لَا تَدۡخُلُواْ بُيُوتَ ٱلنَّبِيِّ إِلَّآ أَن يُؤۡذَنَ لَكُمۡ﴾ [الأحزاب: ٥٣]، وما انتهىٰ الحظر بالإذن مرة، بل احتيج إِلىٰ الإذن كل مره.

إِلّا أنا نقول: (إِلّا أن) كلمة تصحب الأفعال، و(إلا)[١] كلمة تصحب الأسماء، فتقتضي (إِلّا) استثناء[٢] الاسم من اليمِين، وهو الخروج المحظور بيمِينه الذي فيه الحِنث، كأنه يقول: إِلّا خروجا بإذني، فيبقىٰ حكم الفِعل وهو الحظر الثابت بيمِينه وراء الخروج المستثنىٰ علىٰ ما كان، و(إلا أن) كلمة تصحب الفِعل[٣] فيعرض[٤] بالحظر الثابت باليمِين؛ لأنّه حكم النهي عن الفِعل، فالنهي أحد أقسام تصاريف الفِعل كالأمر، ولما تعرّض للحظر صار حكم ما بعد الاستثناء بخِلاف ما قبله؛ لأنّ الاستثناء هذا عمله فلا يبقىٰ بعد الاستثناء حظر، كما لم يبق الحظر في الاسم المستثنىٰ في المسألة الأولىٰ، وإذا كان كذلِك صارت (إلا أن) في مسألتنا بمنزلة (حتّىٰ)، وإذا دخلت فيما لا يتوقت، كما إذا

[١] «ص» (ولا).

[٢] «ص» (الا ستثناء).

[٣] «ص» (الأفعال).

[٤] «ص» (فتعرض).

قال لامرأته أنت طالق إلّا أن يقدم فلان، يصير[١] بمعنى الشرط إن لم يقدم فلان فأنت طالق؛ لأنّ حال ما بعد الاستثناء يجب أن تخالف حال ما قبله في الحكم بارتفاع الحكم الأوّل فيه، والطلاق متى وقع لم يرتفع[٢] بقدوم فلان فعلق الوقوع بعدم الوقوع[٣] حتّى يكون عدم الوقوع مع القدوم فيخالفه[٤] حكما.

وأما الآية فدليل آخر، فإنما احتيج[٥] إلى الإذن كل مرة بدليل آخر، كما في قوله: ﴿لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّىٰ تَسْتَأْنِسُوا﴾ [النور: ٢٧]، ولا يرتفع[٦] الحظر بالمرة وإن كانت (حتى) كلمة غاية، وهذا لأنّ الحظر ثابت بأنه[٧] ملك الغير، والإذن مبيح والآية وردت لبيان تلك الحرمة والإباحة، ولأنّ[٨] التحريم غير ثابت بالنهي حتّى يرتفع بالغاية، وكلامنا في حرمة ثابتة بالنهي مقرون بكلمة (إلّا أن)، والله تعالى أعلم.

|٨٧٨| مسألةٌ: إذا قال: كل جارية أملكها غدا فهي حرة، لم يعتق إلّا ما يملك غدا عند أبي يوسف.

وقال محمد: يعتق ما كانت في ملكه الحال وغدا، وإذا قال: كل جارية

---

[١] «ص» (فيصير).
[٢] «ص» (لم يقع).
[٣] «ص» (القدوم).
[٤] «ص» (فتخالفه).
[٥] «ص» (احتيج).
[٦] «ص» (ولا يرفع).
[٧] «ص» (بسبب أنه).
[٨] «ص» (لأن).

أملكها اليوم فهي حرة دخلت المِلك القائم، وما يحدث له في اليوم، ولو قال إِلىٰ ثلاثين سنة لم يدخل المِلك القائم، وجّه قول محمد أملك في عرف اللسان جعل عِبارة عن قوله: أنا مالك حتّىٰ إذا لم يضف إِلىٰ وقته عتقت جواريه المملوكة للحال، كما لو قال: كل جارِية أنا مالكها، وإذا كان كذلِك صار كأنه قال: كل جارِية أنا مالكها غدا فهي حرة، فيدخل تحته[١] النوعان، كما لو قال اليوم، بخِلاف قوله إِلىٰ ثلاثين سنة؛ لأنّ (إِلىٰ) كلمة غاية وهذه الغاية لا تصلح للملك القائم، لأنّه لا يتوقت به، ويصلح للملك؛ لأنّ استحداث المِلك لا يتصوّر إلّا في زمان في المستقبل وبالمدة يتمكن من التكسب، والمدة لا تكون قط سببا للبقاء.

فأما قوله: (غدا) فظرف والزمان يكون ظرفا للمالكية، ولأبي يوسف أن قوله: (أملك) فعل مستقبل وبغلبة الاستعمال جعل عِبارة عن فعل مضاف إِلىٰ الحال لا عن المالِكية، فإنه اسم يكون[٢] مجازا [أبعد عما قلنا.

ولهذا تعتق جواريه إذا أرسل؛ لأنّه صار عِبارة عن ملك الحال، وفي مسألتنا أضاف فعل المِلك إِلىٰ غدٍ، وفعل واحِد لا يتصوّر في زمانين؛ فالإضافة[٣] إِلىٰ غد يقتضي[٤] العدم للحال كما في قوله إِلىٰ ثلاثين سنة، فأما[٥] إذا قال: (أملكها اليوم) فما أضاف الفِعل إِلىٰ وقت في المستقبل بل إِلىٰ وقت للحال ممدود إِلىٰ الليل فاقتضىٰ ممدودا للحال إِلىٰ الليل، كقوله (غدا) يقتضي ملكا في جميع الغد.

---

[١] «ص» (فيه).
[٢] «ص» (فيكون).
[٣] «ص» (والإضافة).
[٤] «ص» (تقتضي).
[٥] «ص» (وأما).

|٨٧٩| **مسألةٌ**: إذا قال لامرأته: إن حضت نصف حيضة فأنت طالق لم تطلق حتّىٰ تطهر.

وقال زفر: تطلق إذا رأت الدم خمسة أيام؛ لأنّها بالنفس[١] نصف حيضة.

ولنا: أن الحيضة جعلت غير متجزئة شرعا فيما نيط بِها من الحكم كالتطليقة، ألا ترىٰ أن عدة الأمة علىٰ نصف عدة الحرة وتعتد الأمة بحيضتين، وإذا اعتدّت بالأشهر اعتدت بشهر ونصف، وإذا لم تكن متجزئة صار ذكر النصف والكل بمنزلة، كما في التطليقة.

|٨٨٠| **مسألةٌ**: إذا قال: هذه طالق أو هذه وهذه طلقت الثالثة وله الخيار بين الأولين.

وقال الفراء: له الخيار بين تطليق الأولىٰ والأخريين معا.

وكذلِك إذا قال: لفلان عليَّ ألف أو لفلان وفلان، كان النصف للثالث وله حقّ البيان في الأوليين.

وقال الفراء: له حقّ البيان بأن يجعلها للأول أو للآخرين، وذهب إلىٰ أن الواو للجمع، فصار قوله: هذه طالق أو هذه وهذه، كقوله هذه طالق أو هاتان، وكذلِك الإقرار بالمال صار كأنه قال: هذه الألف لهذا أو لهذين، ألا ترىٰ أن قوله هذه الألف لفلان وفلان كان بمنزلة قوله هي[٢] لهما.

إلا أنا نقول: الواو للعطف علىٰ الجملة الأولىٰ والإدخال تحت خبر الجملة

---

[١] «ص» (بيقين).

[٢] «ص» (هو).

المعطوف إليها جمعا[1] للناقصة إلى التامة في الخبر هذا معنى الجمع منه، والجملة التامة في مسألتنا المرأة المطلقة؛ لأن قوله: (هذه) ابتداء وخبره (طالق)، وهي امرأة واحدة من المرأتين الداخلتين تحت قوله: هذه طالق أو هذه، فيكون عطف الثالثة الناقصة على التامة وهي المطلقة منهما فتصير مطلقة.

وقول الفراء يجعله كقوله: هذه طالق جملة أو هذه وهذه عطفا عليها بكلمة «أو»، غير مستقيم؛ لأنّ الأخراوين يصيران جملةً واحدة حينئذ، فلا يصلح خبر الجملة الأولى خبرا لهما، فإنه لا يقال: أو هما طالق، بل اثنان طالقان، وإنما يقال: طالقان.

ولأنا على ما نقول نجعل الجملة الناقصة عطفا على جملة تامة بيقين، وأنت تجعل الجملة الناقصة عطفا على جملة تامة بالشك، والأصل أن عطف الناقص لا يصح إلا على تام فكان العطف على التام بيقين أولى بخلاف ما إذا قال: والله لا أكلم فلانا أو فلانا وفلانا؛ فإن الآخرين يكونان جملة واحدة لا يحنث حتى يكلمهما جميعا، لأنّ (أو) في النفي بمعنى (ولا) فكأنه قال: والله لا أكلم فلانا ولا فلانا وفلانا، فيصير الأول جملة تامة بيقين، فاستغنينا عن ضم الثاني إليه لإثبات خبر الجملة يقينا فبقي الثاني مع الثالث؛ لأنّه متصل به وكذا الخبر صالح لذلك؛ لأنّ الخبر قوله: (لا أكلم) وأنه يصلح خبرا سواء كان الرّجل الداخل تحت اليمين واحدا أو عشرة، والاستدلال بالخبر لا يستقيم حجّة في مسألة الإقرار؛ لأنّ قوله لفلان علي ألف يستقيم خبرا لهما جميعا، وإنّما يستقيم فيه الوجه الآخر، والله أعلم.

(١) «ص» (جميعا).

[٨٨١] مسألةٌ: إذا استولد أمة بنكاح ثمّ اشتراها فولدت بنتا لأمته ثمّ أعتقهما فارتدتا ولحقتا بدار الحرب، ثمّ ملكهما المولى[١] الأوّل، صارت الأمّ والبنت كما كانتا عِند أبي يوسف.

وقال محمد: الابنة[٢] أمة تباع؛ لأنّ الحق الأوّل وصل إليهما بالعتاق، والثانِي إنّما يثبت بسبب قائم للحال وهو نسب الولد، ونسب الولد يوجِب الحق للأم لا للأخت، ألا ترى لو اشتراها أول مرة مع ولدها صارت الأمّ أم ولد دون الولد، فكذلِك الآن لما ثبت أن الحق يثبت ابتِداء بالنسب القائم للحال لا أن يعود الأول.

ولأبي يوسف: إنها لما ولدت في ملكه صارت الابنة بمنزلتها أم ولد سبب نسب الولد؛ لأنّ الحق الذي يسري إليها حقّ الأمّ؛ وذلك ثابت بالنسب، فيصِير النسب(٣) في الحقِيقة موجِبا حقّ العتق فيهما جميعا في أحدهما أصلا وفي الآخر تبعا، فيصير مسألتنا كمن اشترى جارِية بألف فولدت قبل القبض، فإن البيع يصِير موجِبا للملك فيهما جميعا ويتوزع عليهما الثمن إذا قبضهما، وإذا كان النسب موجِبا في حقّ الولد كما في حقّ الأمّ أوجب فيهما جميعا إذا ملكهما، وقول محمد أصح؛ لأنّ الوجوب الشائع فيهما بالنسب قد أدي بالإعتاق، ولم يبق منه شيء غير مؤدى والآن يتجدد وجوب بقيام النسب للحال فلا يتعدى إلى الولد؛ لأنّه ساعٍ إليه بحق السراية، وإنّما يسري بحكم الاتصال، والاتصال مرتفع[٤]

---

[١] «ص» (ولا).

[٢] «ص» (البنت).

(٣) «ص» (السّبب).

[٤] «ص» (منقطع).

فيما نحن فيه، والله أعلم.

[٨٨٢] مسألةٌ: إذا قال: إن أكلت اليوم إلّا رغيفا فعبدي حر، فأكل رغيفا بلحم أو جبن لم يحنث عِند أبي يوسف.

وعِند[١] محمد: يحنث؛ لأنّ شرط الحِنث أكل شيء سوى الرغيف وقد وجد؛ لأنّ اللحم مأكول بنفسه دون الخبز قصدا، بخِلاف ما إذا أكل الرغيف بملح أو كان عليه شيء من الكمون مما يصِير صباغا للخبز ووصفا له حال الأكل لا مجاورا[٢]؛ لأنّ الوصف تبع للموصوف فلا يعتبر زِيادة عليه هذا قياس صحيح، وأبو يوسف اعتبر العرف، أي: في عرف الأكل بقصد اللحم إداما للخبز وتبعا له، واليمِين تناول أكلا مقصودا فلا يحنث بالبيع، كما إذا حلف أنه لم يتغد اليوم، وكان أكل فاكهة أو شرب لبنا لم يحنث إن كان حضريا؛ لأنّه يتناول تبعًا في الحضر، وإن كان بدويا حنث؛ لأنّه يتغدىٰ به قصدا، هذا اعتبار معنىٰ اللزوم، وما قاله أبو يوسف اعتبار حقِيقة اليمِين.

[٨٨٣] مسألةٌ: إذا قال: والله لا أقربك حتّىٰ أصوم شعبان، وهو في رجب لم يصر موليا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: يصِير موليا؛ لأنّ الوقت في هذا الباب جعل بمنزلة الجزاء كما في المسألة الأولىٰ، ولو قال إن قربتك فعلي صوم شعبان كان موليا، فكذلِك هذا.

---

[١] «ص» (وقال).

[٢] «ص» (مجازا).

ولأبي حنيفة[١]: أنا جعلنا الوقت بمنزلة الجزاء في أن الإيلاء لا يرتفع به؛ لأنّه لا يمكنه القربان في مدة الإيلاء إلّا بلزوم ما جعل وقتا، فصار بمنزلة الجزاء المعلق بالقربان في اللزوم فصار بمعنى الإيلاء لأن[٢] الوقت يلزمه بنفس اليمين وفي مسألتنا هذه يمكنه القربان بغير لزوم الصوم؛ لأنّه متى مضى شعبان ينحل[٣] اليمين الأولى لا إلى حنث فيمكنه القربان في مدة الإيلاء بلا حنث.

وإنّما قلنا: ينحلّ اليمين؛ لأنّه جعل الوقت صوما ممكنا، وإذا مضى شعبان وصار غير ممكن انحلت اليمين على أصل أبي حنيفة ومحمد، كما إذا حلف[٤] لا يفعل كذا إلّا أن يأذن له فلان فمات فلان قبل الإذن، فإن اليمين تنحل؛ ولأنّه لو قال: إن قربتك فعلي[٥] صوم شعبان وهو في رجب ينبغي أن لا يصير موليا؛ لأنّه إذا مضى شعبان أمكنه الجماع[٦]، فلا شيء يلزمه[٧]، لأنّ نذر شعبان لا يصح بعد مضيّه، فإذا صار الوقت بمنزلة[٨] الجزاء يجب أن لا يصير موليا أيضا.

❁ فإن قيل: إذا جعل العتق وقتا كان إيلاء، ويجوز أن يهلك العبد قبل مضي أربعة أشهر فيبطل اليمين.

❁ قلنا: اليمين مؤبد منه فتوهم البطلان لا يغير حكم تأبيده حتى يتحقق؛

---

[١] «ص» (إلا أنا نقول: إن).
[٢] «ن» (لا أن).
[٣] «ص» (فانحلت).
[٤] «أ»، «ن» (فعل)، والمثبت من «ص».
[٥] «ص» (فلله علي).
[٦] «ص» (القربان).
[٧] «ص» (بلا صوم يلزمه).
[٨] «ص» (بمعنى).

فأما في مسألتنا هذه فاليمين صحته مؤقتة من لفظه على ما بينا ، ولا يصح قول محمد إلّا أن يجعل هذا منه رجوعا إلى قول أبي يوسف في أن لا ينحل اليمين بفوت إمكان الفعل ، والله أعلم.

|٨٨٤| **مسألةٌ:** المريض إذا آلى من امرأته وهو مريض فلم يصح ولم يف حتّى مضت المدة ، فبانت ، ثمّ صح ثم مرض فتزوجها وفاء باللسان لم يكن فيئا عند محمد ﷺ ، وقال أبو يوسف ﷺ: هو فيء.

لمحمد: أن الفيء باللسان يدل على الفيء بالجماع علق بالعجز عن الجماع في مدة الإيلاء كلها ، وهذه الإيلاء مدة اليمين ، إلّا أن[١] النكاح إذا ذهب لم يظهر حكمه في إيجاب الطلاق والقدرة على الأصل في المدة تبطل حكم استعمال البدل ، كالمتيمم إذا أصاب الماء في غير وقت الصلاة ، فإنه لا يمكنه الصلاة بذلك التيمم وإن عدم الماء بعد ذلك.

ولأبي يوسف: أن الإيلاء إنّما يكون طلاقا لا لنفسه ، فإنه يمين بالله العظيم بل بحق المنكوحة ، بأن حرم وطئها الذي هو حقها بالمعروف ، وجعل الفيء مبطلا لما فيه من إيفاء حقها حتّى إذا كان مريضا كان الفيء باللسان ؛ لأنّه معروف مثله فبطل الإيلاء وإن بقيت اليمين ، فإذا كان كذلك لم يعتبر حكم الفيء من حيث أنه إيفاء حقها بحكم الفيء إلّا مع قيام النكاح ؛ لأنّه لا إيفاء بعده ، فلم يكن حال البينونة حال ثبوت حكم الفيء موفيا إياها حقها ؛ فصار قيام المرض فيه والعدم بمنزلة كما قبل اليمين ، بخلاف الطهارة ؛ لأنّها مشروعة لإباحة الصلاة ، وما من حال إلّا والصلاة فيها مشروعة بحيث لو فعلها لكانت صلاة.

---

[١] «ص» (لأنّ).

[٨٨٥] **مسألةٌ:** إذا طلق إحدىٰ امرأتيه واحِدة والأخرىٰ ثلاثا ثمّ تركهما حتّىٰ انقضت العدة ثمّ بين المطلقة ثلاثا: لم يصح البيان.

وقال زفر: يصح؛ لأنّ الطلاقين واقعان والبيان إخبار، والإخبار عن المطلقة ثلاثا لا يتعلق صحته بقيام النكاح كما في الشهادة، إنّما هو[١] شرط الإيقاع.

إلا أنا نقول: إن لهذا البيان حكم الإيقاع ابتِداء في حقّ واحِدة بعينها؛ لأنّه في الابتِداء أوقع علىٰ واحِدة نكرة[٢] والمعرفة غير النكرة، فيكون قيام النكاح شرطا كما قلنا في إجازة العقد الموقوف، إن قيام محل العقد شرط لصحة الإجازة؛ لأنّها تنفذ للحال، فيكون لها حكم الابتِداء في حقّ الحل لأنه الآن يستحق، فكذلِك المرأة بعينها الآن تصير مطلقة. ألا ترىٰ أنه إذا طلق إحداهما لم يجِب العدة إلّا بعد البيان؛ لأنّ الإيجاب علىٰ الجهالة لا يستقيم ولم يمكن[٣] رفع الجهالة بالتوزيع؛ لأنّ العدة لا تقبل التوزيع فانعدم الطلاق في حقّ العدة؛ لما كانت العدة لا تجب إلّا علىٰ عين، والطلاق عدم في حقّ العين، إلّا أن العدة واجِبة في مسألتنا قبل البيان؛ لأنّه لما طلقهما ارتفعت الجهالة في حقّ العدة؛ لأنّ الثلاث والواحِدة سواء في حقّ العدة، وبقيت الجهالة في حق الحرمة الغليظة، وهي مما لا يقبل[٤] التوزيع، فلم يثبت لعين منهما، فيكون للبيان حكم الإيجاب في حقّ العين في حق الحرمة، كما في حقّ العدة في الطلاق الواحِد،

[١] «ص» (إنما الملك).

[٢] «ص» (متنكرة).

[٣] «ص» (ولا يمكن).

[٤] «أ» (ومما يقبل).

بخِلاف نصف المهر فإنه يسقط؛ لأنّ الجهالة يمكن رفعها بالتوزيع على المرأتين؛ لأنّ المال يقبل التوزيع، ولا يشكل بما إذا تزوج إحداهما فعينت الأخرى للحرمة؛ لأنّ النكاح صحيح لمن تزوج؛ لأنّ الحرمة لا تثبت بالشك، فتعينت الأخرى محرمة ضرورة، وتعليلنا لبيان أن الزوج لا يملِك التعيين ببيانه لا غيره، ومثاله المولى لا يملِك حجر عبده المأذون عن تقاضي ديونه وأخذها ويملِك بيعه فيثبت الحجر ضرورة، والله أعلم.

مسائل فقء العينين في العبد مذكورة في آخر كتاب الرهن من المبسوط:

[٨٨٦] **مسألةٌ:** رجل أقام البيِّنة على امرأة أنه تزوَّجها وأقامت المرأة البيِّنة أنه تزوج أمها أو أختها لم يقبل عِند أبي حنيفة.

وقالا[١]: يقبل في قصر يد الزوج عنها حتّى يحضر الغائبة، فإن كذبت كانت الحاضرة امرأته، وإن صدقت لم يثبت النكاح إلّا ببيِّنة جديدة يقيمها، لأنّ تحت قولها: إنها أمي، يحتمل دعوى بين «إن أمي تحتك» دعويان: دعوى نكاح الفائتة، وهي ليست بخصم عنها، ودعوى قصر يد الزوج عنها، وهي خصم في هذا، فإذا أقامت البيِّنة قبلت في حقّ القصر، كما إذا وكل الزوج[٢] رجلا بنقل امرأته إلى بلدة، فأقامت المرأة البيِّنة على الوكيل أن زوجها طلقها ثلاثا، قبلت[٣] في حقّ قصر يد الوكيل دون أصل الطلاق حتّى إذا حضر الزوج وأنكر الطلاق، كان القول قوله وعاد الرّجل وكيلا، وهذا لأنّ الباب باب الفروج فيحتاط لها عند

[١] «ص» (وعندهما).

[٢] «ص» (الرجل).

[٣] «ن» (فثلاث).

تمكُّن الشبهة . ألا ترىٰ أن المرأة إذا أقامت علىٰ الزوج شاهدين مستورين وجبت الحيلولة بينهما وإن لم يثبت العدالة ولا وجب القضاء للشبهة .

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أن البيِّنة علىٰ إثبات نكاح الغائبة غير مقبولة بالإجماع ، ولا يجوز[١] أن تقبل علىٰ قصر يد الزوج عنها ؛ لأنّه لا يثبته قط بنكاح الغائبة[٢] ، فإنا لو عايناه يتزوج الغائبة عليها لم يختل أمر نكاحها فلغت ، بخِلاف مسألة التطليقات الثلاث لأنا لو عاينا الزوج طلقها ثلاثا بعد التوكيل قصرت يد التوكيل عنها ، فيقبل[٣] البيِّنة علىٰ الثلاث لإثبات القصر ، فأما إذا عاد الزوج فأنكر الطلاق عادت الوكالة ؛ لأنّها بطلت ضمن[٤] لثبوت للطلاق[٥] ، وقد بطل الطلاق فعاد الأمر ، كمن وكل رجلا ببيع عبد ثمّ باع بنفسه انعزل الوكيل ، فلو فسخ العقد بوجه من الأصل عادت الوكالة .

ومثال الوكالة مثال ما لو أقامت المرأة البيِّنة أنه تزوج أمها ودخل بِها فإنا نحكم بفساد نكاحها ؛ لأنّه حكم الدخول بالأمّ فقبلت البيِّنة في حقّ إفساد نكاحها ، ومثال البيِّنة في مسألتنا مثال إقرار الرّجل لامرأته بأنها ابنتي ولها نسب معروف ، فإن الحرمة لا تثبت ؛ لأنّ عين النسب لا تثبت بإقراره ، والحرمة عن النكاح ليست بحكم هذا الإقرار فلغا في نفسه ، والله أعلم .

---

[١] «ص» (فلا يجب) .

[٢] «ص» (الفائتة) .

[٣] «ص» (فتقبل) .

[٤] «ن» ، «ص» (ضمنا) .

[٥] «ص» (الطلاق) .

[٨٨٧] **مسألةٌ**: رجل له أمة ولدت ولدين توأم في ملكه، فباع الأمّ وأحد الولدين، ثم ادّعىٰ أم البائع الولد الباقي صحت الدعوة عِند أبي يوسف وغرم قيمته للابن.

وقال محمد: لا يصح؛ لأنّ صحة دعوة الأب متعلقة بولاية تملك الأم، بدليل أنه متىٰ باع الأمّ والولدين، ثمّ اشتراهم، ثمّ ادّعىٰ الأب لم يصح؛ لأنّ الولاية انقطعت بتخلل ملك ثالث، وهاهنا ولاية التملك في الأمّ منقطعة فلا يصح دعوة الابن، وقِياسا علىٰ ما إذا لم يكن أصل العلوق في ملك الابن.

ولأبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه ثبت للأب حقّ الدعوة بالعلوق في ملك الابن في حقّ الولد والأمّ جميعا بناء علىٰ ولاية التملك في الولد والأمّ جميعا بدليل أن الابن متىٰ باع الولد دون الأمّ ثمّ ادعاه الأب لم يصح، والدعوة تصح للحال ثمّ يستند وهما منفصلان للحال، فلا يصِير من شرط صحة الدعوة في أحدهما قيام ولاية التملك في الآخر، إلّا أن الأمّ إذا كانت باقية في ملكه ثبت الحكم فيهما جميعا؛ لأنه استند اتصال بهما جميعا، وإذا لم تكن الأم باقية في ملكه لم تبطل في الولد لانقطاع ولاية التملك في الأمّ بعد ما ثبت له حقّ الدعوة، وبقي شرطها في الولد وهو ينفصل عنها، فصح وصار جزاء بالقِيمة؛ لأنّ الأمّ بقيت غير مستحقة لغيره، وصار كولد المغرور وكأمة بين رجلين ولدت ولدين في بطنين، فادّعىٰ أحدهما الأصغر والآخر الأكبر وخرجت الدعوتان معا، فإن الأصغر لمدعي[١] الأصغر ويكون جزاء بالقِيمة؛ لأنّه ادّعىٰ والولاية قائمة، ولكن الأمّ صارت مستحقة للأكبر[٢] فصار بمنزلة ولد المغرور، فكذلِك ها هنا.

---

[١] «ص» (كمدعي).

[٢] «ص» (للآخر).

وأما إذا لم يكن باع الأمّ عتق الولد بغير شيء؛ لأنّه ملك الأمّ من حيث الاستيلاد، فيصِير الولد ولد أمة له فلا يضمن لأحد شيئا، وبخِلاف ما لو باع الكل ثمّ اشتراهم؛ لأنّه لما تخلل ملك ثالث قبل الدعوة انقطعت ولاية التملك[١] للأب؛ لأنّه متىٰ تملك يملِك بالاستيلاد استند إلىٰ أصل العلوق وماله ولاية التملك علىٰ الثالث فلا يثبت في حقه، وإذا امتنع في حقه امتنع في الأصل؛ لأنّه لا بد من الاستناد، وكلام محمد أوضح، والله أعلم.

|٨٨٨| **مسألةٌ**: شهود الأصل إذا رجعوا عن الشهادة بعد القضاء لم يضمنوا عِند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد[٢]: يضمنون.

وإن رجع معهم الفروع وقالوا: علمنا أن الأصول أشهدونا بباطل، فكذلِك عِندهما.

وعِند محمد رحمه الله: يتخير صاحِب الحق يضمن أي الفريقين شاء؛ وذلك لأنّ الإيجاب في الحقِيقة محال إلىٰ شهادة الأصول؛ لأنّ الفروع ما لم ينقلوا شهادتهم لا يصح، ولذلك يعتبر عدالة الأصول لصحة القضاء، وكما أن القاضي إذا قضىٰ ووجب بقضائه نقل إلىٰ الشهود؛ لأنّ القاضي إنّما أوجب ما أوجب بشهادتهم فأحيل إلىٰ الشهادة، فكذلِك في مسألتنا هذه يحال إلىٰ شهادة الأصول فإذا رجعوا ضمنوا كما لو شهِدوا بأنفسهم ثمّ رجعوا. وإذا رجع الفروع معهم ضمن الفروع أيضا ويخير صاحِب الحق؛ لأنّ كل واحِد من الفريقين انقلب متعديا في[٣]

[١] «ص» (التمليك).

[٢] «ص» (وعند محمد)، والمثبت من «أ»، «ن».

[٣] تكرر في «ص» (في).

شهادتهم، ولكل شهادة تأثير في الإيجاب؛ لأنّ الفروع هم الذين أثبتوا شهادة الأصول في مجلس القضاء وبه وجب، فنزل[١] منزلة عِلّة العِلّة فيجِب الإضافة إليهم، والأصول هم الذين حملوهم شهادتهم حتّىٰ ثبت في مجلس القضاء بشهادتهم، فإنهم لو شهِدوا عِند الفروع ولم[٢] يحملوهم ولا أمروهم بالأداء ما ثبت، فصار التحميل مضافا إليهم وبه ثبت عِند القاضي حتّىٰ صارت موجِبة، فثبت أن الإيجاب مضاف إلىٰ كل واحِد من الفريقين بفعل[٣] فعله مختارا[٤] وقد انقلب فعل كل واحد تعديا، فيخير صاحِب الحق كما في الغاصب وغاصب الغصب، ولهما أن شهادة الأصول كانت في مجلس القضاء، فلا يضاف إليها الإيجاب، وإنّما يضاف إلىٰ شهادة في مجلس القضاء، وإنّما ثبت ذلك بالفروع عن أداء علىٰ سبِيل الاختيار، فاقتصر الوجوب عليهم ونزل[٥] الأصول منهم منزلة من دل سارقا علىٰ مال إنسان فسرق أو أمره بغير كره فسرق، فإنه لا ضمان علىٰ الدال والآمر.

والجواب عن التحميل: أن التحميل لا يلزمهما الأداء، ومتىٰ علما أنه باطل فحرام[٦] عليهما الأداء، وعِندك[٧] يضمن الأصل في هذه الحالة[٨]، وكذلِك إذا لم يعلما بالبطلان فاللزوم ليس بتحميلهما، ولكن بقبولهما[٩] الفروع الأمانة

---

[١] «ص» (فنزلت).
[٢] «ص» (ولا).
[٣] «أ» (بفصل)، والمثبت من «ن»، «ص».
[٤] «ص» (مختارين).
[٥] «ص» (وتنزل).
[٦] «ص» (حرُم).
[٧] «ص» (وعندكم).
[٨] «ص» (الحال).
[٩] «ص» (بقبول).

لصاحِب الحق يلزمهما[١] الأداء عِند الطّلب، كما لو أودعهما مالا ثمّ طلب[٢]، وكالقاضي يلزمه القضاء بشهادة الكفار لقبوله الأمانة لا بإلزام الشهود، فإن الكافر لا يمكنه أن يلزم المسلم بشهادته شيئا، وكذلك من سمع إقرار إنسان بحق يلزمه الأداء إذا طلب منه لعلمه لا بإلزام[٣] المقر إياه.

|٨٨٩| **مسألةٌ:** رجل مات وترك ابنين فأقام الأكبر البيِّنة على أن الأصغر أنك قتلت أبانا عمدا، أو أقام الأصغر البيِّنة على أجنبي أنك قتلت أبانا عمدا، قضي على الأصغر بنصف الدِّية وعلى الأجنبي بنصف الدِّية للأصغر عِند أبي حنيفة. ولم يذكر حكم الإرث على قول أبي حنيفة كيف يكون.

وقال صاحِباه: يقتل الأصغر ولا يرث ولا تقبل بينته.

ولو أقام الأصغر على الأكبر البيِّنة أنك قتلت أبانا عمدا قال أبو حنيفة: قضي لكل واحِد منهما على صاحِبه بنصف الدِّية ويرثان جميعا. وقالا: تبطل البينتان.

ولو كانوا ثلاثة بنين فأقام الأكبر البيِّنة على الأوسط أنك قتلت أبانا، وأقام الأوسط على الأصغر البيِّنة مثله، وأقام الأصغر على الأكبر مثله، قضي لكل واحِد على صاحِبه بثلث الدِّية وورثوا جميعا. وقال أبو يوسف ومحمد ﵄[٤]: يقضى لكل واحِد بنصف الدِّية.

---

[١] «ص» (يلزمهم).

[٢] «ص» (كالإنسان يودع عنده مال ثم طلب منه).

[٣] «أ» (بالإلزام).

[٤] «ص» (وعندهما).

ووجه قولهما للمسألة[١] الأولىٰ: أن بيِّنة الأكبر مقبولة بالإجماع، فصار الأصغر غير وارث من هذا الوجه والأكبر وارث من هذا الوجه، والأكبر وارث علىٰ كل حال، فصار الأكبر أولىٰ؛ لأنّ شرط صحة بيِّنة الإرث أن يكون المدعي[٢] وارثا والأصغر وإن دفع ذلك فهو باقٍ تحت عهدة القتل الذي يثبت عليه بيِّنة الأكبر، فصار وارثا ببيِّنة[٣] غير وارث ببيِّنة الأكبر، ولو لم يكن وارثا أصلا، كما لو كان عبدا أو كافرا لم تقبل بينته. فكذا إذا صار غير وارث من وجه ترجح الوارث من كل وجه عليه، وإذا ترجح صارت بينته أولىٰ فاندفعت الأخرىٰ بِها فقتل ولم يرث، وإذا أقام الأصغر البيِّنة علىٰ الأكبر تهاترتا؛ لأنّ أحكام القتل لا تثبت لغير القتل، فلم يكن بد من إِثبات سببها، والسبب مما لا يتكرر، فإذا ادّعىٰ كل واحِد علىٰ صاحِبه تعارضا، كرجلين ادعيا نكاح امرأة وأقاما البيِّنة.

وقد مر جنس هذه المسائل في آخر[٤] كتاب الدعوىٰ، فأما إذا كانوا ثلاثة فلا يعارض[٥]؛ لأنّ المشهود عليه أعرض عن صاحِبه والتزم[٦] حجته وأقام البيِّنة علىٰ غيره، والمعارضة إِنّما تقع بين المتداعيين إذا تقابلت حجتاهما متدافعة؛ فأما إذا ادّعىٰ الآخر[٧] فلم يعارضه[٨] بشيء فقبلت البينات كلها، وليس بعضها بأولىٰ من بعض حجة[٩] في نفسها، كل واحِد وارث ببيِّنته غير وارث ببيِّنة صاحِبه.

[١] «ص» (في المسألة).
[٢] «أ»، «ن» (للمدعي)، والمثبت من «ص».
[٣] «ص» (ببينته).
[٤] «ص» (في أصل).
[٥] «ص» (فلا تعارض).
[٦] «ص» (فالتزم).
[٧] «ص» (آخر).
[٨] «ص» (يدافعه).
[٩] «ص» (صحة).

|٨٩٠| مسألةٌ: وكذلِك قالوا: في المرأتين تنازعتا في ولد وأقامتا البيِّنة تهاترتا؛ لأن الولادة مما لا يتكرر، والولد لا يضاف إلىٰ المرأة إلّا بولادة كالقصاص أو الكفّارة لا تجب إلّا بمباشرة قتل، وكل واحِد يدعي علىٰ صاحِبه القصاص في العمد والدِّية وحرمان الميراث في الخطأ.

وهذا كله بخِلاف رجلين تنازعا في ملك شاة فأقام كل واحِد منهما البيِّنة علىٰ صاحبه الشاة[١] [نتجت من شاته هذه؛ لأن البينتين متعارضتان في النتاج فيبطلان، ويبقىٰ دعوىٰ الملك في الشاة][٢]، لأنّه مما ثبت بدونِ ذلك السبب ولا تعارض فيه؛ لأنّ كل واحِد منهما يثبت ما أثبته صاحِبه فيه وهو أنها مملوكه، وإنّما يختلفان في الإضافة إلىٰ كل واحِد ولا تعارض، فإنه جائز إضافة شيء واحِد إلىٰ اثنين إلىٰ كل واحِد بكماله إذا كان مما يجوز ثبوته لاثنين، كرجلين قتلا رجلا أضيف القتل إلىٰ كل واحِد بكماله، كأنه قتله دون صاحِبه؛ لأنّ القتل لا يقبل التجزؤ، وكل واحِد منهما أثبته في محلّ واحِد فثبت واحِدا وأضيف إلىٰ كل واحِد كملا.

وكذلِك البقعة فيها شفعة لجماعة ثبت لكل واحِد كملا ففرقا بين السبب والحكم إذا كان يمكن إثباته بدونِ السبب، قالا ونقضي لكل واحِد بنصف الدِّية في مسألة الثلاثة؛ لأنّ كل واحِد منهم أثبت قتلا تاما في محِلّه بلا معارضة فيثبت ثلاث قتلات علىٰ ثلاثة أنفس؛ لأنّه ممكن كثلاثة قتلوا رجلا واحِدا عمدا، وقد أثبت كل واحِد قتلا على صاحبه بلا شريك لنفسه فيلزمه دية كاملة، إلّا أن النصف أقرّ به لأخيه الذي زعم أنه غير قاتل، وأخوه لما ادّعىٰ علىٰ غيره أبرأه عنه فبقي

[١] «ص» (علىٰ أنها شاته).

[٢] ما بين [] ليس في «أ»، «ن»، والمثبت من «ص».

النصف. ويجوز أن يجب عن مبدل واحِد أكثر من بدل لمستحقين بأسباب متعددة، كرجل أقرّ بغصب عين من هذا ثمّ من هذا ثمّ من هذا وهلك ضمن ثلاث قيم.

ولأبي حنيفة في المسألة الأولىٰ: أن الأصغر لما ادّعىٰ القتل علىٰ الأجنبي فقد نفاه عن نفسه وله ولاية الدفع بأي طريق كان.

وإنّما قلنا: إنه دفع؛ لأنّ القتل مما لا يتكرر، ومتىٰ ثبت القتل علىٰ الأجنبي بانفِراده اندفع عنه ضرورة، إلّا أن المذهب عِند أبي حنيفة ﷺ: أن السبب متىٰ لم يكن القضاء به للاستحالة صار دعوىٰ السبب دعوىٰ لحكمه الذي يستقيم دعواه بإذنه علىٰ سبِيل الكِناية عنه، فصار الأكبر مدعيا كل[١] الدِّية علىٰ الأصغر، والأصغر مدعيا كلها علىٰ الأجنبي؛ لأنّ الدِّية تجب للميت وكل واحِد من الورثة بمنزلة الوكيل عنه، والدِّية بدل النفس والمستحق هو الميت، والمستحق الواحِد لا يجوز أن يستحق عن مبدل واحِد أكثر من بدل واحِد، بخِلاف الإقرار بالغصب، لأنّه أقرّ لجماعة، وكل واحِد يقول البدل إليّ دون غيري فليس[٢] يأخذ إلّا بدلا واحِدا فكذا[٣] هاهنا لا يجِب للميت إلّا دية واحِدة ودعوىٰ الدِّية صحيحة بلا قتل حقِيقة مباشرة؛ فإنها تجب علىٰ حافر البئر وشهود القصاص وهم غير مباشرين ولا يحرمون الإرث[٤] ولا يلزمهم كفّارة[٥]، وهذا كما إذا تنازعا[٦] في دعوىٰ شاة وأقام كل واحِد البيِّنة أنها شاة[٧] نتجت من شاته هذه

[١] «ص» (لكل).
[٢] «ص» (وليس).
[٣] «ص» (وكذلك).
[٤] «ص» (الميراث).
[٥] «ص» (الكفارة).
[٦] «ص» (تنازعوا).
[٧] «ص»، «أ» (شاته).

قضي بِها[١] بينهما وقبلت[٢] البينتان ؛ لأنَّ النتاج مما لا يتكرر فيعارض الدعوتان فيه وسقطتا ، وبقي دعوىٰ بالحكم وهو المِلك المطلق ، بخِلاف دعوىٰ رجلين نكاح امرأة ؛ لأنَّه لا يمكن القضاء بملك النكاح علىٰ وجه يجتمع عليها رجلان بحال وليس أحدهما بأولىٰ من الآخر ، فبطلا جميعا .

فأما قولهما: أن حكم القتل من الكفَّارة والقصاص لا يثبت في غيره ، فإنا لا نقضي إلا بما لا يثبت لغير مباشرة ، وإنما نقضي بالحكم الذي يثبت بالتسبيب والشهادة ، وكذلِك في باب الولادة ؛ لأنَّه لا يقضىٰ بالخليعة[٣] التي لا يثبت بغير ولادة ، وإِنَّما يقضىٰ بما يثبت بالأخوة والخؤولة ونحوها .

وكذلِك إن أقام الأصغر البيِّنة علىٰ الأكبر ؛ لأنا لما ألغينا السبب وقضينا بالدِّية والميراث لا غير صار ممكنا ؛ لأنَّ الامتناع يبقىٰ من جهة الحكم من حيث أنه واحِد ، والمستحق اثنان وهذا غير مستحيل علىٰ ما قالاه ، وكذلك إذا كانوا ثلاثة ، فالبينات[٤] مقبولة بالإجماع ، ويقضىٰ بدية واحِدة أثلاثا عِند أبي حنيفة ؛ لما ذكرنا أن الدِّية لا تجوز أن يزاد علىٰ الواحِدة ، وكل بيِّنة أثبت دية كاملة ، فيجب بكل بيِّنة ثلثها ؛ لأنَّها مما يقبل التجزؤ ، ولا تجب كفَّارة ولا حرمان إرث عِند أبي حنيفة ؛ لسقوط المباشرة بحق المدافعة من حيث أنه لا يتكرر .

وهذا بخِلاف شاهدين شهِدا علىٰ رجل أنه طلق امرأته بمكة يوم النحر ، وآخران أنه أعتق عبده بالكوفة يوم النحر ، فإنهما يبطلان ؛ لأنَّ التمانع ليس من

[١] «ص» (تبحث عنده من شاته بهذه) .

[٢] «ص» (قبلت) .

[٣] «أ» (بالخليفة) ، «ص» (بالحقيقة) ، والمثبت من «ن» .

[٤] «ص» (والبينات) .

جهة السبب ولا الحكم؛ لأنّهما يجتمعان منه في ساعة واحِدة، ولكن من جهة تهمة الكذب على المشهود عليه؛ لأنّه لا يتصوّر في مكانين في وقت واحِد، فصار أحد الفريقين كاذبا عليه، وليس أحدهما بأولى من الآخر فتمكنت شبهة الكذب على كل واحِد منهما فردتا[١]، كشهادة الفساق وشهادة الرّجل لولده، والله أعلم.

|٨٩١| مسألةٌ: إذا قال الرّجل لعبد له قن ومدبر[٢] أحدكما حر والآخر مدبر ومات قبل البيان عتق العبد القن من حين تكلم والمدبر بالموت عِند أبي يوسف.

وقال محمد: يعتق نصف كل واحِد منهما بالإعتاق وباقي المدبر بالموت من الثلث؛ لأنّه لما قال: أحدكما حر كان إيجابا لعتق أحدهما مجهولا كما لو سكت عليه، فقوله: والآخر مدبر لم يكن بيانا؛ لأنّ الآخر تسمية للذي لم يتناوله العتق وهو مجهول أيضا كالذي تناوله العتق، وقوله: مدبر إيجاب تدبير للحال فيه؛ لأنّه خبر منكور؛ فلا ينصرف إلى معرفة، بخِلاف ما إذا قال: والآخر المدبر؛ لأنّه إخبار عن مدبر على سبِيل المعرفة بالألف واللام؛ فانصرف إلى المعهود وهو المدبر المعروف فصار بيانا لإيجاب الحرية، وكذلِك إذا بدأ فقال: أحدكما مدبر والآخر حر؛ لأنّه لو سكت عليه لم يتناول إلّا المدبر المعروف، وكان إخبارا لا إيجابا، فصار الآخر تسمية لغير[٣] المدبر، وأبو يوسف يقول:

[١] «ص» (فرددنا بها).

[٢] «ص» (لعبد قن ومدبر له).

[٣] «ص» (لعتق).

والآخر مدبر إِنّما يتناول المدبر المعروف؛ لأنّ الآخر تسمية لمجهول كما قال محمد: كقوله أحدكما مدبر، ولو بدأ فقال: أحدكما مدبر لم يتناول إِلّا المدبر، فكذلِك[1] إذا أخر.

وشبهة محمد: أن الآخر ليس بتسمية لأحدهما، مطلقا بل للباقي بعد قوله: أحدكما حر، وأحدكما يتناول إما المدبر وإما العبد، فالآخر يبقىٰ علىٰ هذا الوصف لا محالة، وقوله: مدبر خبر مبتدأ؛ لأنّه[2] نكرة فيتناوله علىٰ ذلك الوصف أيضا.

[٨٩٢] **مسألةٌ**: إذا شرع في صلاة ينوىٰ الفرض والنفل صار شارعا في الفرض عِند أبي يوسف.

وقال محمد: لا يصِير شارعا؛ لأنّ الشروع بنية النفل لو طرأ علىٰ الفرض أبطله فكذلِك[3] الشّروع بنية الفرض إذا طرأ علىٰ النفل فكان بينهما تدافع علىٰ السواء، فإذا اقترنا[4] تدافعا؛ لأنّ ما رفع طارئا منع مقارنا[5]، وإذا تدافعا بقي شارعا بغير نية، بخِلاف ما إذا شرع في الحج ينوِي الفرض والنفل فإنه يكون فرضا؛ لأنّ أحد الشروعين لو طرأ علىٰ الآخر لا يرفعه فلا يمنعه مقارنا كذلِك، وإِنّما يقع التدافع بين جهتي النية قصدا منه فيتدافعان ويبقىٰ إحرام مطلق عن التعيين[6] فيكون للفرض.

---

[١] «ص» (وكذا).
[٢] «ص» (لا).
[٣] «ص» (وكذلك).
[٤] «ص» (ولو اقترنا).
[٥] «ص» (قارنا).
[٦] «أ» (التعين)، والمثبت من «ن»، «ص».

وأما إذا شرع في صوم في غير رمضان ينوِي الفرض والنفل كان نفلا عِندي؛ لأنّ الشروع في أحدهما لا يرفع الآخر طارئا فلا يدفع مقارنا، وإِنّما تدافعت منه الجهتان فبقي شروع بمطلق نية الصوم فيكون نفلا.

وقال محمد: ألا ترىٰ أن من قال لعبد: إن اشتريتك فأنت حر عن كفارتي، ثمّ قال: إن اشتريتك فأنت حر تطوعا، ثمّ اشترىٰ عتق كان تطوعا ولم يكن الفرض أولىٰ.

ولأبي يوسف: أن الشروعين لما استويا من حيث ما قاله محمد فرجح[١] الفرض؛ لأنّه أكثر إِثباتا؛ لأنّ العبادة نفل والفرض صفة زائدة، ولأنّه محتاج إليه كما ترجح بمثله البينات، وعلىٰ هذا الحج والصوم كذلِك عِند أبي يوسف.

وأما مسألة العتق، فلا نص عن أبي يوسف ولئن ثبت؛ فلأن العتاق عِند الشرط وكل واحِد منهما عِند الشرط واجِب علىٰ السواء لا يمكنه النقص عنه فيوزع عليهما، لا[٢] أن صار للنقل فبقي للكفّارة بعض العتق فلا يجوز، وبخِلاف ما إذا شرع في صلاة مفروضة[٣] فكبر ينوِي الفرض؛ لأنّه لم يعارض الشروع في النفل بشروع آخر؛ لأنّ أداء الصلاة ليس بشروع، ولأنّه[٤] ترك الأداء لما اشتغل بالشروع في أخرىٰ؛ لأنّهما لا يجتمعان، والله أعلم.

---

[١] «ص» (رجح).

[٢] «ص» (إلا).

[٣] «ص» (وبخِلاف ما إذا كان في فرض الصلاة).

[٤] «ص» (لا).

[٨٩٣] **مسألةٌ**: رجلان باعا من رجل عبدا فمات أحدهما وورثه الآخر، ثمّ جاء المشتري يرد العبد بالعيب فأنكر البائع، حلف البائع يمِينا واحِدة على البتات عِند أبي يوسف؛ لأنّ اليمِين على العلم يدخل تحته لا محالة.

وقال محمد: يحلف بيمِينين أحدهما عن نفسه باتا، والأخرى بحق الإرث على العلم، كما لو ورث الميت غير[١] البائع؛ لأنّ نفس اليمِين حقّ المدعي من حيث النكول، وهذا يوجِب التداخل، ومن[٢] حيث يحلف حقّ المدعى عليه على ما بينا في مسألة النكول، وهذا لا يوجِب التداخل، وكما[٣] إذا تفرقت الصفقة والبائع واحِد.

قال أبو يوسف: وليس هذا كمن اشترى من رجل نصف عبد ثمّ اشترى النصف الباقي، ثمّ جاء يرده بالعيب فإنه يحلفه يمِينين؛ لأنّ البيع بيعان، وكل بيع أوجب يمِين على حدة على البتات فلا يصِير أحدهما تبعا للآخر إلّا أن يجمع بين الدعوتين، كما لو كانت الدعاوى في أموال شتى، فأما هاهنا فالعقد واحِد في حقّ المشتري، وإنّما كان يحلف يمِينين؛ لأنّ حال حياتهما لضرورة[٤] تفرق البائعين.

وبالموت ارتفع التفرق والحق واحِد في الأصل، فعاد الأمر إلى يمِين واحِدة كما كان يوجِبه الأصل، ودخل[٥] الأدنى في الأعلى، والله أعلم.

---

[١] «ص» (عن).
[٢] في «أ»: (من) بلا واو.
[٣] «ص» (كما).
[٤] «أ»، «ن» (ضرورة)، والمثبت من «ص».
[٥] «ص» (فدخل).

|٨٩٤| **مسألةٌ**: رجل اشترىٰ شيئا ثمّ باعه، فطعن المشتري الثانِي بعيب فزعم بايعه أنه حدث عِندك؛ فأقام المشتري البيِّنة أنه كان عِند البائع الأوّل وقضي له بالرد، عليه كان له الرد علىٰ بائعه بتلك[١] البيِّنة عِند أبي يوسف.

وقال محمد رحمه الله: لا يرده، لأنّه لما أقرّ بأنه حدث عِند المشتري الثانِي فقد أبرأ بائعه عنه.

ولأبي يوسف رحمه الله: أن القاضي لما رده عليه بالبيِّنة ثبت ما شهِد به الشهود وبطل إقراره بخِلافه كأنه لم يقر، كمن اشترىٰ شيئا وأقرّ به أنه[٢] اشتراه بألف وأخذه الشفيع بذلك، ثمّ أقام البائع البيِّنة أنه باعه بألفين، فإن الشفيع يلزمه ألف أخرىٰ ويبطل إقرار المشتري.

وشبهة محمد: أن الشفيع إنّما يأخذه بالبيع الذي أوجبه البائع؛ لأنّه لم يثبت عقدان عنهما[٣] والواحِد صار بألفين بالبيِّنة فبطل الإقرار في حقّ الشفيع ضرورة، وهاهنا حقّ الرد يثبت للمشتري الثانِي بشرائه معيبا وهو لا يشعر به، سواء كان قبله بيع أم[٤] لا، وسواء كان العيب عِند الأوّل أم[٥] لا، فلا يسمع من قوله العيب كان عِند البائع الأول إلا قدر ما ثبت به حقه وهو علىٰ كل حال شرائه، لأنّ ما قبله لا يتصل بسبب ثبوت حقه فلا يصِير خصما في إِثباته، وإذا اقتصر الثبوت علىٰ حال شرائه لم يستند التكذيب بالبيِّنة إِلىٰ الشِّراء الأوّل، كما لو أقام البيِّنة أنك بعتني وهذا العيب به.

---

[١] «أ» (بنكر)، «ن» (بنكذا)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (ثم أقر بأنه).

[٣] «ص»، «أ» (بينهما).

[٤] «ص» (أو).

[٥] «ص» (أو).

|٨٩٥| مسألةٌ: رجلان اشتريا عبدا فغاب أحدهما قبل نقد الثمن غيبة منقطعة، فنقد[١] الآخر الثمن كله وقبض، لم يكن متبرعا في حصة الغائب عِند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يكون متبرعا؛ لأنّ حصة الشريك لم تكن[٢] عليه ولا كان محمولا عليه؛[٣] لأنّه لا يؤمر بقضائه بوجه فيكون متبرعا، كما إذا كان الآخر غائبا في الرستاق ونحوه، بخِلاف المعير عبده للرهن[٤] إذا قضى الدين وفك الرهن؛ لأنّ الدين بحيث يستوفي من الرهن[٥] حقّا واجِبا، فصار بمعنى ما عليه معنًى، لأنّ المعنى من قولنا عليه في الحقِيقة أنه يستوفي من ماله، فإذا صار الذي[٦] بحيث يستوفي من ماله من الرهن حقّا واجِبا صار بمعنى ما عليه، فيصِير[٧] قضاء واجِبا لا تبرعا، ألا ترى أنه لا يكون تبرعا وإن خصَّ الراهن، وبخِلاف صاحِب العلو إذا بنى السفل؛ لأنّه لا يرجع بما أنفق على صاحِب السفل، وكان[٨] البناء ملكه، فله أن يمنعه من الانتفاع به حتّى يشتريه منه؛ ولأن تعليلنا: ليجعل فعله على عينيه[٩] كما لو كان بحضرته؛ لأنّ عينيه[١٠] لا تنقل ولايته إلى هذا كما في سائر الولايات.

---

[١] «ص» (فقد).
[٢] «أ»، «ن» (يكن)، والمثبت من «ص».
[٣] «ص» (عليها).
[٤] «ص» (عنده لرهن).
[٥] «ص» (من ماله).
[٦] «ص» (الدين).
[٧] «ص» (فصار).
[٨] «ص» (ولكن).
[٩] «ص» (غيبته).
[١٠] «ص» (غيبته).

ولهما: أن الحاضر[١] لا يمكن[٢] من قبض نصيبه والانتفاع بملكه إِلّا بنقد[٣] حصة ثمن[٤] الغائب وله ولاية الانتفاع بملكه، فإذا لم يمكن إِلّا بشرط ثبت له ولاية إقامة الشرط كما في سائر الأحكام من[٥] ثبت له ولاية النكاح ثبتت له أيضا ولاية إحضار الشهود، وإذا ثبت الولاية شرعا لم يصِر متبرعا كما لو ثبت بإذن صاحِبه، وكما في المعير عبده للرهن، فأما إذا حضر الآخر فقبض نصيبه يمكن[٦] بغير النقد عنه؛ لأنّه يحضر ويستوفي منه، إِنّما هذا الكلام إذا أيس عن إحضاره بسبب لو كان ولي النكاح انتقل إِلىٰ الأبعد بظاهر اليأس كأنه مات.

وكذلِك صاحِب العلو جعل نائبا[٧] عن الولاية[٨] حتّىٰ لم يمكن[٩] لصاحِب السفل أن ينزعه؛ لأنّه لا يمكنه الإحياء إِلّا بالسّفل[١٠]، إِلّا أنه لم يحتج لإحياء حقه إِلىٰ ولاية النيابة عن صاحِب السفل فلم تثبت النيابة فكان السفل له، وهاهنا يحتاج إِلىٰ ولاية النيابة حتّىٰ لا ينوِي ما يدفعه بالثمن وتثبت الولاية لصاحِب العلو حال الحضرة والغيبة جميعا؛ لأنّ صاحِب السفل لا يجبر علىٰ البناء في الحالين جميعا فأشبه مسألتنا حال الغيبة، وكذلِك المعير عبده للرهن؛

[١] «أ»، «ن» (الخاص)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص»، «أ» (لا يتمكن).

[٣] «ص» (أن ينقد).

[٤] «ص» (حصته من حصة).

[٥] «ص» (ومن).

[٦] «ص» (ممكن).

[٧] «ص» (ناسا).

[٨] «ص» (ولاية).

[٩] «ص» (يصر).

[١٠] «ص» (بالأسفل).

لأنّ الولاية يثبت له لا بالعجز من جهة الراهن، ولكن يوجب الاستيفاء من ماله علىٰ ما قلت، وتلك العِلّة ثابتة في الحالين، وتعليلنا يجعل القضاء منه عن ولاية علىٰ صاحِب الدين لا لبيان أسباب الولاية، فالأسباب مما يختلف والحكم يثبت بقدر سببه.

❁ فإن قِيل: إنا لا نحتاج إِلىٰ إِثبات ولاية علىٰ الغائب ليحيي حقه، فإنه يثبت بنفس ولاية القضاء تبرعا.

❁ قلنا: نحتاج إِلىٰ ولاية تحي حقه بلا تَوَىٰ، فالعِلّة لثبوت الولاية حياة حقه، ولا تثبت الولاية بلا تَوَىٰ إلا بولاية نيابة[١]، والله أعلم.

[٨٩٦] **مسألةٌ**: الجارِية المأسورة. موضعها آخر الجامع، والله أعلم.

[٨٩٧] **مسألةٌ**: إذا أوصىٰ بثلث ماله للفقراء صح الصرف إِلىٰ واحِد عِند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمد رحمه الله: لا يجوز إِلّا إِلىٰ اثنين فصاعدا؛ لأنّ الوصية أخت الميراث والله تعالىٰ ذكر الجماعة في باب الميراث، وقام الاثنان فيه مقام الجماعة فيه دون الواحِد؛ فكذلِك في الوصية؛ لأنّها أخت الميراث ولم[٢] يجر الاعتبار بباب آخر.

ولهما: أن الوصية بالصدقة وصية بإخراج المال إِلىٰ الله تعالىٰ قربة كما في

---

[١] «ن» (بنائه)، «ص» (نائبه).

[٢] «ص» (فلم).

الصدقة المفروضة؛ ولهذا صحت الوصية مع جهالة الفقراء؛ ولهذا لم يجِب الصرف إلىٰ الجميع مع استوائهم في الاسم والفقراء مصارف، وشرط لصحة الإخراج إلىٰ الله كما ذكرنا في الصدقات المفروضة، فلم يكونوا مستحقين للوصية علىٰ الميت، بل كان استِحقاقهم لمال[١] الله تعالىٰ بعد تنفيذ الإخراج إلىٰ الله تعالىٰ بحق الرزق الواجِب لهم علىٰ الله علىٰ ما أوضحنا في الأصل.

وإذا لم يعتبروا مستحقين علىٰ الموصي لم يجِب استعمال حقِيقة الاسم من الوصية[٢] لتنفيذ الوصية، واكتفىٰ بالواحِد شرطا كما في إيجاب الله الصدقات للفقراء بخِلاف المواريث؛ لأنّ الورثة مستحقون بأسمائهم المذكورة، فيجِب الحق بناء علىٰ الاسم، والواحِد لا ينطلق عليه اسم الجمع، ولأنّ الله تعالىٰ نص علىٰ الواحِد في الإرث بخِلاف الجماعة؛ ولأنّه لا يمكن تعليق الإيجاب بكل ما يشتمل عليه الاسم؛ لأنّهم لا يُحصون؛[٣] ولأنّهم مجهولون، فتعلق الحكم باسم الجنس؛ لأنّ الألف واللام للجنس، والجنس يتناول أدنىٰ ما ينطلق عليه الاسم علىٰ ما بينا في كتاب الأصول دون الجميع، إلّا أن ينفيه[٤] القائل بخِلاف اسم الجماعة، فإن أقلها الاثنين.

[٨٩٨] مسألةٌ: إذا قال الوصي[٥] بعد بلوغ اليتيم أنه أدىٰ[٦] عن اليتيم خراج أرضه أو جعل عبد له أبق، وأنكر اليتيم صدق عِند أبي يوسف.

---

[١] «أ» (لأن)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٢] «ص» (استعمال الاسم علىٰ الحقيقة في الوصية).

[٣] «أ» (لا يخصون)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٤] «ص» (يعينه).

[٥] «ص» (الوصي إذا قال).

[٦] «ص» (أديتُ).

وقال محمد ﷺ: لا يصدق ؛ لأنّه مؤنة تجب غرامة محضة ، فلا يصدق في أدائها قِياسا على أرش[١] جناية الصبي أو جناية عبده أو نفقة قريبه.

ونعني بقولنا: غرامة محضة أنها ببعض[٢] المال بلا زِيادة ، بخِلاف نفقة اليتيم ونفقة عبده ؛ لأنّ قوام الحي بالنفقة فصار بما[٣] غرم دافعا للهلاك وأنه زِيادة معنى جالب[٤] زِيادة حقِيقة ، والوصي مسلط على بدل ما له[٥] فيه إصلاح[٦] اليتيم ، فأشبه بدل الثمن في الشِّراء ، فيكون مصدقا بما أخبر عما سلط عليه كالوكيل بالبيع يقول: بعت ، والمدعي يقول رددت الوديعة.

فأما إبطال مال على سبِيل غرامة محضة ، فالأصل فيه الحجر إِلّا عِند ضرورة وهو حال الوجوب على الصبي بأسبابها ، فلا يثبت التسليط إِلّا بقدر[٧] ضرورة الوجوب ، وليس إليه إِثبات الضرورة ، فلا يصِير مسلطا بدونِ الضرورة ، وكذلِك جعل الآبق إِنّما تجب بسبب الأباق وهو معصِية ، وهو مما لم يدخل تحت تسليطه حتّى إن الغلام لو لم يكن آبقا لم يجِب بالرد[٨] شيء.

ألا ترى أن الوصي لو أقرّ عِند القاضي أن هذا عبد[٩] اليتيم وكان آبقا فرده

[١] «ص» (يعينه).
[٢] «ص» (أرس).
[٣] «ص» (بها).
[٤] «ص» (حاكت).
[٥] «ص» (ما).
[٦] «ص» (صلاح).
[٧] «ص» (بعد).
[٨] «ص» (برده).
[٩] «ص» (عند).

هذا الرّجل لم يلزمه القاضي الجعل؛ لأنّه مما لم يدخل تحت ولايته. وبمثله لو قال: اشتريت هذا العبد منه لليتيم ألزمه القاضي الثمن.

وأبو يوسف يقول: الخراج مؤنة الأرض في أصل الشّرع ليسلم لهم الأراضي تلك المؤونة، فلما تعلقت السلامة بِها شرعا أشبه نفقة العبد التي تعلقت سلامته بِها حسا وكذلِك جعل الآبق تعلقت به حياة العبد معنىً؛ لأنّ الآبق بمنزلة التاوي علىٰ ما عرف والرد إحياء، والجعل ثمن الرد فأشبه ثمن الدواء، وكذلِك التمكن من الأرض إِنّما يكون لحماية السلطان لولاها لتغالبوا، والخراج يؤخذ بسبب الحماية، فأشبه جعل الآبق من هذا الوجه بخِلاف أرش الجناية؛ لأنّه[١] غرامة ما فيها فائدة ملك بوجه.

فأما المسألة التي استدل بِها محمد، فكثيرا ما يستدل محمد بما فيه خِلاف، ولئن سلمنا، فالجواب ظاهر؛ لأنّه إذا قال: أديت خراج أرضك قصد به دفع الضمان عن نفسه، وإذا قال: هذا آبق رد علىٰ قصد به استِحقاق المال علىٰ اليتيم للحال، فلا يقدر[٢] الإصلاح لعبده مالا ولا صلاح؛ لأن العبد مردود إليه، فلا يصدق بمنزلة الوكيل بالبيع إذا قال له الآمر: عزلتك، فقال له: كنت بعته لم يصدق، وإذا كانت السلعة قائمة؛ لأنّه يقصد به الاستِحقاق عليه، وإذا كانت هالكة صُدق؛ لأنّه يقصد به دفع الضمان عن نفسه، فأما إذا قال: اشتريت هذا العبد ففيه إِيجاب الثمن بعوض؛ لأنّ العبد لا يسلم له متىٰ أنكر المقر له البيع، وإِنّما يسلم بإقراره لا بإقرار المشتري وهو ما أقرّ إِلّا بثمن فصار مبادلة فصح، والله أعلم.

---

[١] «ص» (لأنها).

[٢] «ص» (يعذر).

|٨٩٩| **مسألةٌ**: مشتري الدار إذا وهب وسلم وغاب ثمّ حضر الشفيع.

مرت في المأذون.

|٩٠٠| **مسألةٌ**: إذا قال لآخر: بع عبدي ولا تسلمه حتّىٰ تقبض الثمن لم يصح النهي عِند محمد، وقيل: إنه قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: يصح؛ لأنّ يده علىٰ المبِيع لا يبطل البيع[١]، لو باع بنفسه حتّىٰ يقبض الثمن فكذا[٢] لا يبطل ببيع وكيله، وبدليل أنه لو استرد المبِيع من الوكيل بعد البيع صح وملك حبسه إلى أن يقبض الوكيل الثمن، ولما بقي[٣] ملك البدل بعد البيع ملك النهي عن التسليم والإزالة كما يملِك النهي عن إزالة المِلك قبل البيع، وكذا لو قال: لا تبع إلّا بنقد صح النهي عن البيع نسبة؛ لأنّه حقه، بخِلاف قوله: لا تبع إلّا بمحضر فلان؛ لأنّه مشورة وليس يبقي به حقّا لنفسه.

ولنا: أن التسلِيم حقّ من حقوق العبد والوكيل في حقوقه بعد البيع من التسلِيم، والقبض ينزل منزلة المالِك دون النائب علىٰ ما عرف، وإذا كان الحقوق ثابتة له بحكم المِلك دون النيابة لم يصح نهي المولىٰ عنه، كما لو نهاه عن قبض الثمن، فإنه لا يصح بخِلاف ما إذا استرده؛ لأنّه بالشِّراء لم يثبت للمشتري حقّ القبض قبل نقد الثمن؛ ويد الوكيل يد بحق الوكالة فلم تكن لازمة فملك استرداده عن يده، ولما استرد وعادت يد الموكل لم يملِك الوكيل التسلِيم قبل نقد الثمن لما فيه من إبطال يده بغير أمره كما لو أمره بالبيع ولم يسلم إليه.

[١] «ص» (بالبيع).

[٢] «ص» (وكذا).

[٣] «أ» (يقي)، والمثبت من «ن»، «ص».

فأما قبل الاسترداد، فلأن النهي لما لم يصح بقيت ولاية التسلِيم بحكم أنه حقّ العقد وما فيه إبطال يد الموكل؛ لأنّ اليد للوكيل في الحال.

ونظيره: المولىٰ[١] ينهىٰ عبده المأذون عن بيع مال[٢] في يد العبد لا يصح؛ لأنّ العبد يتصرف لنفسه لا بحق الوكالة، فما دام سبب الولاية وهو الإذن باقيا بقي حكمه من ولاية التصرف لنفسه، ولو استرد المولىٰ ذلك المال منه ولا دين عليه ليحجر العبد عن التصرف فيه؛ لأنّ محل التصرف بهذه الولاية كسبه، وما لا حد في الكسب حقّ مستحق فلا يبطل ولاية الاسترداد للمولىٰ.

وإذا صح الاسترداد تبدلت اليد فذهب محلّ التصرف بولاية نفسه، والشبهة أن يد الوكيل يد الموكل أمانة عِنده للموكل قبل الاسترداد وبعده، إلّا أنا جعلنا للوكيل التسليم[٣] بدِلالة رضا الآمر بالتسلِيم علىٰ ما نختاره لما سلم إليه للبيع، فإذا نهاه انعدم الرضا، فلا يملِك التسلِيم، كما لو أمره بالبيع ولم يسلم إليه، وكما لو استرده، فأما يد العبد فَيَد نفسه وبالاسترداد تتبدل اليد[٤]، فجاز أن يتبدل الحكم بتبدل اليد دون النهي، وهاهنا لما لم تتبدل اليد بالاسترداد، علم أن الحكم يتبدل بانعدام الرضا الثابت بالتسلِيم دِلالة؛ وذلك كما ينعدم بالاسترداد ينعدم بصريح النهي، والله أعلم.

---

[١] «ص» (الوكيل).

[٢] «ص» (كسب).

[٣] «ص» (الاسترداد).

[٤] في «أ»: (إليه).

|٩٠١| **مسألةٌ**: إذا أسر عبد لرجل فاشتراه واحِد من المسلمين، ففقأ عينيه رجل آخر وغرم قيمته وأخذ الجثة، ثمّ جاء المولىٰ المأسور منه، أخذه بالقِيمة التي غرمها الجاني في قول أبي يوسف وفي قول محمد.

وفيها قول آخر: أنه يأخذه بقِيمة أعمىٰ. وفي بعض النُّسخ: يأخذه بقيمة أعمىٰ في قياس قول أبي حنيفة.

وفي بعض النُّسخ: يأخذه بالقيمة التي غرم في قول أبي يوسف، وفي قول محمد: يأخذه بقِيمة أعمىٰ[١].

وفي السير الكبير: يأخذه بالقِيمة التي غرم في قول أبي حنيفة. وفي قول محمد بن الحسن: بقِيمة أعمىٰ.

أما الرواية الأولىٰ: فلأن المذهب عِندهما: أن القِيمة بإزاء الجثة والعينين، علىٰ ما مر[٢] في الديات والرهن، فأشبه الثمن، ولو اشترىٰ العبد بثمن ثمّ فقئت العينان، قِيل للمولىٰ القديم: إن شئت أخذت الجثة بكل الثمن، فكذلك هذا.

وعند أبي حنيفة: القِيمة بإزاء العينين خاصة، والجثة سلمت للجاني بغير شيء؛ فصار كما لو سلمت له بهبة أو دفعت إليه بجناية عليه.

وأما وجه رواية السير، فوجه قول أبي حنيفة: أن الجثة وإن سلمت له بغير عوض فقد غرم بسببها القِيمة كاملة؛ لأنّ العينين منها والمولىٰ المأسور منه ما

---

[١] كذا في الأصول، ولم يتبين هل هو من قول المؤلف يحكي خلاف نسخ كتاب المبسوط الذي نقل عنه الخلاف، أم هو حاشية كتبها بعض النَّسَخَة ثم أُدرجت في السواد؟! الاحتمال الأول هو الذي تميل له النفس.

[٢] «ص» (ما عرف).

يغرم لذي اليد ليس[١] يغرم بدلا عن العبد ؛ لأنّه يعيد ملكه القديم ، فلا يلزمه لسببه بدل ، وإنّما يغرم فداء[٢] لذي اليد نفيا للضرر عنه[٣] ولا ينتفي[٤] عنه الضرر إلّا بأن يغرم له ما لزمه بسبب الجناية على الجثة وإن لم يكن بدلا .

ولهذا قِيل: لو كان العبد مشترىً عِنده وفقئت عيناه بعد الشِّراء لم يملِك المولى أخذه إلّا بكمال الثمن ؛ لأنّ ضرر الثمن لا يندفع عنه إلّا بذلك .

ولا يلزم إذا اشتراه رجل وتعيب عنده وفقئت عينه وأخذه المولى القديم بالثمن وهو لا يشعر بالعيب فتعيب عِنده ، ثمّ اطلع على العيب الأوّل ، فإنه يرجع بحصته من الثمن ؛ لأنّ ضرر العيب كان لزم المشتري بالتعيُّب ، فإذا رد معه واحِد كمال الثمن من المولى فلم يجعل له ذلك ، وقيل له: أزل عن المولى ما ألحقت به من ضرر عيب كان عِندك ، إما بأخذ العبد ورد الثمن ، أو رد قدر العيب إن وقع العجز عن الأوّل ، فيرد على سبِيل أنه أخذ قدرا[٥] زائدا .

ووجه قوله محمد في السِّيَر: أن القِيمة عِندي بإزاء الجثة والعينين جميعا ، وما فات بالفقئ لم يدخل في ملكه ، فلا[٦] يستحق أخذ الفداء عليهما[٧] ، إنما[٨] يأخذ قدر ما لزمه بإزاء ما دخل في ملكه .

---

[١] «ص» (لا).

[٢] «ص» (يدا).

[٣] «أ» (عليه) ، والمثبت من «ن» ، «ص» .

[٤] «أ» (ولا ينبغي) ، والمثبت من «ن» ، «ص» .

[٥] «أ» (فداء) ، والمثبت من «ن» ، «ص» .

[٦] «ص» (ولا).

[٧] «ص» (عليه).

[٨] «أ» ، «ن» (إما) ، والمثبت من «ص» .

بخلاف ما إذا اشترىٰ العبد بثمن ثمّ فقئت عيناه ؛ لأنّ الكل دخل في ملكه بالثمن كله ؛ فلم يسقط بالفقئ في حقّ المولىٰ المأسور منه ؛ لأنّه يغرم فداء لا بدلا ، فلا يتوزع في حقه ما لزمه من الثمن قبل الفقئ علىٰ العينين والجثة.

ونظير هذه مسألة من **الزيادات**: إذا أسرت أمة فاشتراها مسلم فولدت[١] فماتت ، وبقي الولد أخذ المولىٰ الولد بجميع الثمن في قول أبي يوسف الآخر ؛ لأنّ التوزيع ممتنع ؛ لأنّه ليس ببدل ، علىٰ ما مر فيما لو فقئت عيناها بقيت الجثة بجميع الثمن.

وقال محمد: يأخذه بحصته ؛ لأنّ الولد تبع للأم فلا يبقىٰ ببدل المتبوع بكماله ؛ لأنّه لو بقي لانقلب متبوعا ، فثبت التوزيع ضرورة كما قلت[٢] في عيب حدث عِند المشتري ، فأخذه المولىٰ بالثمن وهو لا يعلم[٣] به فتعيب عِنده ، رجع بحصة العيب ضرورة ، والله أعلم.

تم كتاب الجامع الكبير بحمد لله.

***

[١] «أ» (فولت) ، والمثبت من «ن» ، «ص».

[٢] «ص» (قلنا).

[٣] «ص» (لا يشعر).

كتابُ الزِّيادات

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مسائل الذي تمنع الإرث مذكورة في الفرائض، ومسألة المسجد يعود إلىٰ الورثة، مذكورة في الوقف.

|٩٠٢| **مسألةٌ**: قال أبو حنيفة رحمه الله: الشفعة لا تستحق بحق العلو دون البناء.

وقال محمد: تستحق؛ لأنّ أسباب الشفعة ثلاثة الشركة في النفقة، والخلطة بالحق ثمّ بالجوار، ثمّ الشفعة تجب لصاحِب العلو؛ إذا كان البناء قائما وله جوار بالبناء، وحق أن يبني في العرصة فيكون الوجوب بالحق لا بالجوار، كما يجِب بحق المرور وحق في النهر؛ ولأنّ البناء ومتىٰ تجرد ملكه عن حقّ في السفل لا يستحق به السفل[١] إذا بيع بالشفعة.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الشفعة تجب[٢] بالحق لكِن صيانة للملك[٣] الذي وجب الحق له لا لنفس الحق؛ لأنّ الحق نفسه لا ينتفع به والضرر يلحقه بما ينتفع به، والشفعة ما وجبت إلّا لدفع الضرر الموهوم من الدخيل[٤] ضرر ملك علىٰ ما عرف.

[١] «ص» (بالسفل).

[٢] «أ»، «ن» (يجب). والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (لصيانة للملك).

[٤] «أ» (الدخل)، والمثبت من «ن»، «ص».

فإذا توهم الضرر من جانب الحق دون المِلك[١] لم تجب[٢] الشفعة بالحق لنفسه، بل للبناء والأرض، فإذا تجرد الحق عنهما لم تجِب، كما إذا تجرد الشرك عن العقار وثبت[٣] في منقول لم تجِب[٤] الشفعة، وأما إذا تجرد العلو عن الحق فلا يجِب أيضا؛ لأنّ العلو دون حق البناء مما لا قرار له، ولصاحِب السفل بعضه[٥].

وكما لا تجب[٦] الشفعة بنفس الحق لا تجب بملك لم يبن أمره على التأبد؛ فإنها تجب في العقار؛ لأنّها تشترى للدوام دون المنقولات؛ لأنّها تشترى للبيع عادة؛ ولأنّ الشفعة لا تجب في المنقول[٧] والبناء في نفسه منقول، وإنّما يأخذ حكم العقار إذا اتصل به القرار بحكم التبعية والقرار مع حقّ البناء لا دونه.

|٩٠٣| مسألةٌ: النذر بصدقة الطعام في أن التمليك شرط، مذكورة في كتاب المناسك في كفّارة الحلق.

|٩٠٤| مسألةٌ: إذا أوصى لجيرانه كانت لمن يجاور داره بسكناه قِياسا.

وقال محمد: لأهل مسجده استحسانا؛ لأنّ الناس يتعارفون ذلك، وقال

[١] «ص» (من جانب الملك دون الحق).
[٢] «أ»، «ن» (يجب). والمثبت من «ص».
[٣] «ص» (فيثبت).
[٤] «أ»، «ن» (يجب). والمثبت من «ص».
[٥] «ص» (نقضه).
[٦] «أ»، «ن» (يجب). والمثبت من «ص».
[٧] «ص» (المنقولات).

النبي ﷺ: «لا صلاة لجار المسجد إلّا في المسجد»(١)، وأهل المسجد كلهم يدخلون تحت هذا النهي، وهكذا روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «جار المسجد أهله»(٢). ووجه القياس: أن الشفعة تستحق بجوار المِلك والمعتبر جيران ملك[٣] بالمِلك، والوصية أضيفت إلىٰ جوار المِلك المالِك فينصرف إلىٰ السكان في ذلك المِلك الذين[٤] يصِيرون به شفعاء، ولا ينصرف إلىٰ من يساكنه؛ لأنّهم شركاء في السكنىٰ لا جيران كما في باب الشفعة الشركة في العرصة بسبب غير الجوار هذا حقِيقة، وما قاله محمد متعارف.

|٩٠٥| مسألةٌ: إذا أحال الرّجل غريمًا له علىٰ ثمن له علىٰ مشترىً منه أو علىٰ الكتابة ثمّ انتقض الشِّراء والكتابة وبرئ المحتال عليه من دينه لم تبطل الحوالة.

وقال زفر: تبطل؛ لأنّه صح متعلقا[٥] بذلك الدين فيسقط بسقوطه، كما إذا أحال[٦] علىٰ وديعة له عِند رجل فهلكت الوديعة بطلت الحوالة بالإجماع،

(١) رواه الدارقطني في «سننه» (٢/٢٩٢) برقم (١٥٥٢)، والحاكم في المستدرك (١/٣٧٣) برقم (٨٩٨)، وهو ضعيف ليس له إسناد ثابت. انظر: التلخيص الحبير (٢/٧٧).

(٢) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وروىٰ عبد الرزاق في «مصنفه» (١/٤٩٧) برقم (١٩١٥)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (١/٣٠٣) برقم (٣٤٦٩)، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (٣/٨١) برقم (٤٩٤٣) أنّ عليًا رضي الله عنه قال: «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد» فقيل له: ومن جار المسجد؟ قال: «من أسمعه المنادي».

[٣] «ص» (ملكه).

[٤] «أ» (الذي)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٥] «أ» (لأنها صحت متعلقة)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٦] «ص» (احتال).

وكذلك إذا أحال غريمه علىٰ دين قبل رجل ، فمات المحيل ولا مال له غير ذلك الدين وعليه ديون ، فجاء الغرماء وأخذوا الدين من المحال[١] عليه ، فإن الحوالة تبطل بفوات الدين الذي تعلقت به الحوالة.

إلا أنا نقول: إن الحوالة التي أضيفت إلىٰ مال قبل المحتال عليه فإن المحتال عليه في الحقِيقة يلزمه[٢] أداؤه إلىٰ المحال له ، فيكون حكم الحوالة هو الحكم الذي فسرناه ، والدين لو بقي كان الأداء من المحتال عليه بمثله لا عينه ، ثمّ برأ عن العين بحكم القصاص لا بالأداء نفسه فلا يبطل ببطلان الدين نفسه ؛ لأنّ المثل غيره وهو باق وفي الوديعة يكون الأداء من عينه[٣] فيبطل ، وأما إذا استوفىٰ الغرماء الدين من المحتال عليه فقد استحقوا[٤] المثل الذي هو أداء للدين ، وهو لا يضمن أداء مثل آخر فبطلت الحوالة ، والله أعلم.

|٩٠٦| **مسألةٌ:** مكاتب بين اثنين أعتقه أحدهما عتق كله عِند أبي يوسف ومحمد. واختلفا في الضمان:

قال أبو يوسف: يضمن نصف قيمته بالغة ما بلغت.

وقال محمد: يضمن الأقل من نصف قِيمته ومما[٥] يخصه من باقي كتابته علىٰ العبد ؛ لأنّه إنّما يضمن ما كان يسلّم له من المالية قبل العتاق ، وذلك الأقل منهما علىٰ ما يختاره العبد من تعجيز نفسه والمضي علىٰ الكتابة.

[١] «ص» ، «أ» (المحتال).
[٢] «ص» (يلتزم).
[٣] «ص» (عينها).
[٤] «ص» (استحق).
[٥] «ص» (وما).

إلا أنا نقول: إعتاق المكاتب في حقّ المعتق إعتاق مبتدأ لا تنفيذ لعتق الكتابة بدلا له[1] عن التكفير[2] به، وهذا يوجِب سقوط اعتبار الكتابة؛ لأنّها لا تبقىٰ إلّا للعتق فيجِب اعتباره بعبد غير مكاتب، ولا يلزم مريض أعتق مكاتبا ولم يدع مالا غيره، فإنه يسعىٰ في الأقل من ثلثي الكتابة وثلثي قيمته؛ لأنّ العتق في حقّ المكاتب هو ذلك العتق الذي استحقه بالكتابة فيما يضره، بدِلالة أنه يعتق أولاده علىٰ ما مر في مسألة التكفير بإعتاق المكاتب، فإن كان الإعتاق المبتدأ يلزمه زِيادة سعاية يجعل تنفيذا لعتيق الكتابة، فيلزمه السعاية في الكتابة فإن كان ينفعه يعتبر إعتاقا مبتدأ فيلزمه السعاية في ثلثي قيمته، والله أعلم.

|٩٠٧| مسألةٌ: الجريح في المعركة إذا أوصىٰ ثمّ مات، فإن كانت بأمر من أمور الآخرة لم يغسل، وإن كانت من أمور الدنيا غسل عِند أبي يوسف.

وقال محمد: لا يغسل؛ لأنّ الوصية في نفسها من أمور من أشرف علىٰ الموت، فلا يجعل من أعمال من بعد عن الموت، ودليلا علىٰ بقاء الحياة. وروىٰ محمد بن الحسن أخبارا في الكتاب[3]، لكنها من أمور الآخرة.

ولأبي يوسف: أن الوصية بأمور الدنيا من التصرفات المباحة فأشبه الأكل والبيع، وقل ما يشتغل به من تحقق له موته، والله أعلم.

[1] زاد في «ص» (الجواز)!.

[2] «ص» (الكفارة).

[3] «ص» (في الباب).

|٩٠٨| مسألةٌ: رجل باع عبدا لرجلين من رجل بغير أمرهما[١] فأجازه أحدهما دون الآخر، كان للمشتري رده عِند أبي يوسف.

وقال محمد: ليس له ذلك؛ لأنّه لما اشتراه مع علمه بأن المالِكين لا يتفقان علىٰ الإجازة معا في الأغلب صار راضيا بالتفرق، كما إذا باع رجل عبدا من اثنين فوجدا به عيبا فلِأحدهما أن يرد[٢]، لأنّه لما باع منهما مع علمه بأن الأغلب منهما عدم الاتفاق علىٰ الرد صار ذلك رضا منه بالتفرق؛ فإن الاختلاف بين مختارين فيما يريدانه أصل والاتفاق عارض، بخِلاف ما إذا كان العبد لواحِد فأجاز النصف؛ لأنّ الظاهر من حاله أن يجيز جملة ولا يفرق ملكه بلا فائدة، وكان هذا كما إذا باع أحد المولبين العبد كله فلم يجز الآخر، فإن المشتري يلزمه نصف البائع؛ لأنّ عدم الإجازة أصل من الآخر فبني الأمر عليه.

ولأبي يوسف رحمه الله: أن العقد وقع جملة مع[٣] الفضولي، والتفرق أمر مشكوك فيه فلا يلزمه الرضا بالشك، بخِلاف ما إذا كان البائع أحد المولبين؛ لأنّ التصرف[٤] نفذ للحال دون الآخر فصار بالتفرق[٥] أصلا، والاجتماع بالإجازة[٦] وفيه شك فلم يثبت، وبخِلاف[٧] مسألة الرد بالعيب؛ لأنّ الرد حقّ المشتري والمِلك متفرق في حقهما، فلا يملِك هو بالمِلك المتفرق الرد جملة

---

[١] «أ» (أمره)، والمثبت من «ن»، «ص».
[٢] «ص» (فلأحدهما الرد).
[٣] «ص» (من).
[٤] «ص» (النصف).
[٥] «ص»، «أ» (التفرق).
[٦] «ص» (علىٰ الإجازة).
[٧] «ص» (بخلاف).

إِلّا باجتماع[١] الآخر معه وفيه شك، فلا يثبت اعتبار الجملة بالشك، وما ثبت[٢] له بالعقد حقّ الرد إِلّا في النصف وحده، والله أعلم.

|٩٠٩| **مسألةٌ**: إذا أعتق الرّجل أمته على أن تزوج نفسها منه فزوجته على ذلك وجب لها مهر المثل عِند أبي حنيفة ومحمد ﷺ.

وقال أبو يوسف: لا يجِب؛ "لأن النبي ﷺ أعتق صفية وتزوجها وجعل عتقها صداقها(٣)؛ ولأنّ الإعتاق على هذا الشرط يوجِب عتقها بقيمتها بدِلالة أنها[٤] لو أبت أن تزوجه نفسها ضمنت قيمتها للمولى[٥]، فإذا زوجت كان ذلك مهرها وكانت التسمية صحيحة؛ لأنّ التسمية تناولت ما أزيل إليها بالعتق أو تناول ما عليها بالعتق فيجوز وإن كان مجهولا؛ لأنّه يستغني عن التسلِيم إليها. ألا ترى أنها لو أتلفت دابّة لرجل ثمّ زوجته نفسها على ذلك الضمان كان صحيحا فكذا هذا.

إلا أنا نقول[٦]: إنّما سمى لها عتاقا[٧]، والعتاق ليس بمال فلا تصح التسمية، كما إذا تزوجها على خمر أو على ما في بطنها.

وإِنّما قلنا: العتق[٨] ليس بمال بدِلالة أن الحيوان يثبت دينا في الذمة بدلا

---

[١] «ص» (بالاجتماع).

[٢] «ص» (يثبت).

(٣) رواه البخاري (٤٢٠٠)، ومسلم (١٣٦٥) من حديث أنس ﷺ.

[٤] «أ»، «ن» (قيمتها، أنها).

[٥] «ص» (ضمنت له قيمتها).

[٦] «ص» (ولنا أنه).

[٧] «ص» (عتاقها).

[٨] «ص» (بأن العتاق).

عنه، ولا يثبت دينا في الذمة بدلا عما هو مال على ما عرف؛ ولأنّ الإعتاق إبطال للرق[١] والرق ليس بمال، إنّما المال هو المرقوق على ما عرف؛ ولأنّ الرق يبطل على المولى ولا يصل إليها، والمهر مال مملوك لمن استحق عليه البضع، وكذلك[٢] يصح تعليق العتق بالخطر، ولا يجوز تعليق التصرف في المال بالخطر، إلّا أنها إذا لم تزوجه نفسها ضمنت القِيمة؛ لأنّ النكاح شرط مقيد[٣] فإذا أبت لزمها بحكم الشرط رد العتاق وقد عجزت فلزمها رد القِيمة، كما إذا كان عليها قصاص فعفا عنها الولي على أن تزوجه نفسها؛ فإن زوجت وجب مهر المثل، وإن أبت ضمنت الدِّية، وكذلِك إذا زوجت[٤] على ألف وأن لا يخرجها من البلدة، فإن وفى بالشرط فلها الألف، وإن لم يف ضمن لها تمام مهر مثلها، وأما رسول الله ﷺ فكان يحِلّ له البضع بغير مهر، والله أعلم.

[٩١٠] **مسألةٌ**: إذا أوصى لرجل بثلث ماله، وأوصى بأن يباع هذا العبد من فلان فمات ولم يدع إلّا العبد، فإن صاحِب الثلث يأخذ ربع العبد[٥]، ثمّ يباع[٦] البقية من الآخر، ثمّ يكمل ثلث صاحِب الثلث[٧] من الثمن.

وقال أبو يوسف في آخر الباب: يباع العبد كله من الموصى له بالبيع، ثمّ يعطى الآخر وصيته من الثمن؛ لأنّ الموصى له بالثلث كأحد الورثة ينتقص حقه

---

[١] «ص» (الرق).

[٢] «ص» (وبذلك).

[٣] «أ» (بشرط مفيد)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٤] «ص» (تزوجها).

[٥] «ص» (الثلث).

[٦] «ص» (تباع).

[٧] «ص» (ثم يكما صاحب الثلث لثلث).

بنقصان التركة ويزداد بازديادها[١]، وتقاسمهم[٢] على السواء بنصيبه، فلا تراضي[٣] صاحِب الوصية بالعين كالوارث سواء.

ولهما: أن كل واحِد منهما موصى له، أحدهما بالثلث والآخر بالكل، فيقسم الثلث بينهما على أربعة، ولا يجوز تقديم أحدهما على الآخر؛ لأنّ السبب واحِد، كما إذا أوصى للآخر[٤] بثلث هذا العبد، ولا يجوز أن يجعل الموصى له بالثلث كأحد الورثة، والله تعالى[٥] قدم الوصية على الميراث.

ولما ذكرنا أن الإرث يترتب على الوصية مراعاة لحق الميت، والوصية أولى بحقه؛ لأنّه أوجب له نصيبه[٦] وقد صح الإيجاب لأن[٧] الموصى له بالثلث موصى له بسهم لا يتصوّر الاختصاص بزِيادة أو نقصان، فأما إذا زاحمه موصى له آخر، فأمكن إظهار حقه بأن لا يؤخر عن الآخر وإن ثبت المزاحمة معه[٨]، والله تعالى أعلم بالصواب.

تم كتاب الزيادات[٩].

---

[١] «ص» (بزيادتها).
[٢] «ص» (ويقاسمهم).
[٣] «ص» (ولا يزاحم).
[٤] «ص» (الآخر).
[٥] «ص» (لأن الله تعالى).
[٦] «ص» (بنصيبه).
[٧] «ص» (إلا أن).
[٨] «ص» (ثبتت معه المزاحمة).
[٩] إلى هنا تنتهي نسخة «ص»، وفي آخرها: (تم كتاب الأسرار لأبي زيد عبد الله بن عمر الدبوسي في الفقه على مذهب الإمام الأعظم، أبي حنيفة النعمان رضي الله عنه وأرضاه، على يد أقل عبيد الله=

* * *

= وأنقرهم إلى رحمته ومسامحته عبد الرحمن بن أحمد بن عكاشة الشافعي مذهبا ، الأشعري اعتقادا ، المحمدي نسبة ، سامحه الله وغفر له خطأه وزلّله ، في تاسع عشرة الحجة الحرام ختام ، سنة ٩٥٣ . برسم خزانة سيدنا ومولانا شيخ مشايخ الإسلام ، ملك العلماء الأعلام ، الواثق بالملك العلّام مولانا محمد بن عبد القادر أجزل الله تعالى ثوابه ، وأحسن في الدنيا والأخرى مآبه ، آمين ألف آمين والحمد لله وحده) .

كتابُ
الجامع الصغير

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

|٩١١| **مسألةٌ**: إذا قنت الإمام في صلاة الفجر لم يتابعه المأموم عِند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف ﷺ: يتابعه؛ لأنّ العلماء قد اختلفوا فيه، وكذلك الأخبار اختلفت، فيجِب المتابعة بالإتمام كما في تكبيرات الأعياد يتابع الإمام وإن خالف رأي المقتدي[١] ما لم يخرج عن حد الاختلاف.

ولهما: أنه قد ثبت عِندنا أن القنوت في صلاة الفجر[٢] منسوخ علىٰ ما بينا علىٰ الشافعي في كتاب الصلاة، ولا تجب[٣] المتابعة فيما ثبت نسخه، بل فيما جاءت الأخبار متعارضة.

|٩١٢| **مسألةٌ**: إذا أرتج علىٰ الإمام القراءة فاستخلف صح عِند أبي حنيفة.

وعِندهما[٤] لا يصح؛ لأنّ الاستخلاف بالحدث السابق ثبت[٥] بخِلاف

[١] «ص» (المقتدين).

[٢] «ص» (الصبح).

[٣] «أ»، «ن» (يجب)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (وقال أبو يوسف ومحمد ﷺ).

[٥] «ص» (يثبت).

القياس، فلا يقاس عليه غيره. ولأنّ صلاته[١] تفسد بالعجز عن القراءة؛ لأنّه حين شرع ضمن صلاة بقراءة. ألا ترىٰ أنه لو أحدث فاستخلف أميًّا تفسد صلاته وإن كان في التشهّد؛ لأنّ صلاته[٢] بقراءة فلا يتم بأداء من لا قراءة له فكذلِك[٣] بنفسه إذا صار لا يقرأ، وبعد الفساد لا يصح الاستخِلاف، كما لو أحدث متعمدا أو سقطت ثيابه فلم يقدر عليها فاستخلف.

إلا أنا نقول[٤]: لا ينبغي أن تفسد الصلاة[٥] بالعجز عن القراءة بل تسقط عنه القراءة فإنه لو ابتدأ بغير قراءة تجزئه، ألا ترىٰ لو مرض فأتم الصلاة نائما صح، وإن كان لا يجوز الائتمام بمومئ[٦]، وهذا لأنّه يمكنه الائتمام بهما[٧] فلا يكون الائتمام عذرا ولا يمكنه القراءة بعد النسيان في نفسه فيكون عذرا، ولما بقيت الصلاة وعجز عن الإمامة؛ لأنّه لا يصلح إماما للقارئ صح الاستخِلاف، كما في الحدث السابق لا فرق بينهما فيثبت دِلالة؛ لأنّهما سواء في فقد شرط الإمامة.

ولا يقال: إن المحدث فقد شرط الإمامة والأداء في نفسه، وهذا فقد شرط الإمامة لا غير؛ لأنّ السبب الموجِب للاستخِلاف عذر العجز عن الإمامة لا الزِيادة. ألا ترىٰ أن المسبوق متىٰ صار إماما فجاء وقت السلام تأخر واستخلف

---

[١] «ص» (الصلاة).

[٢] «ص» (لأن صلاة الأوّل انعقدت).

[٣] «ص» (وكذلك).

[٤] «ص» (لأبي حنيفة).

[٥] «ص» (أن الصلاة لا ينبغي أن تفسد).

[٦] «ص» (وإن كان الائتمام لا يجوز بالمومئ).

[٧] «ص» (أن لا يأتم بهما).

من أتم الصلاة ليسلم بهم لعجزه عن التسلِيم لا غير، وليس هذا كالذي ذهبت[١] ثيابه، فإنها لو ذهبت[٢] بحيث لا يقدر عليها بأن سقطت في البحر ولا ثوب له غيره حتّىٰ جاز له أن يصلي عريانا ابتِداء، جاز له البناء كذلِك.

ويجِب أن يصح الاستخلاف علىٰ أصل[٣] أبي حنيفة. إنّما هذا فيما إذا كان يقدر عليه بمشي، وكذلِك رُوي عن رسول الله ﷺ أنه أمر أبا بكر رضي الله عنه أن يصلي بالناس في مرض موته ثمّ وجد خفة فخرج، فلما شعر[٤] أبو بكر بقدوم رسول الله ﷺ تأخر، وتقدم رسول الله فصلىٰ بهم وقال أبو بكر رضي الله عنه: ما كان لابن أبي قحافة أن يتقدم علىٰ رسول الله ﷺ(٥).

فلما عجز لما وقع في قلبه تأخر، وتقدم[٦] رسول الله ﷺ وجوزه رسول الله ﷺ، فعلم أن الاستخِلاف جائز عِند العجز المتقرر من طريق الأولىٰ.

|٩١٣| **مسألةٌ**: المحدث لا يحِلّ له مس المصحف[٧].

وقال الشافعي(٨) رحمه الله: يحل ـ في قول ـ، لأنّه يحِلّ[٩] له القراءة،

---

[١] «ص» (سقطت).

[٢] «ص» (لو سقطت).

[٣] «ص» (قول).

[٤] «ص» زيادة: (به).

(٥) رواه البخاري (٦٨٣)، ومسلم (٤١٨) من حديث عائشة رضي الله عنها.

[٦] «ص» (وقدم).

[٧] «ص» (لا يحل للمحدث مس المصحف).

(٨) انظر: «الأم» للشافعي (١/٤٤)، «الحاوي الكبير» (١/١٤٥).

[٩] «ص» (تحل).

والقراءة[١] فوق المس، ألا ترى أنّ الجنابة لما حرمت المس حرمت القراءة، بل مع الحدث لمّا لم يحرم بالمكث[٢] في المسجد لم يحرم مس المصحف كالنجاسة على الثوب.

إلا أنا نحتج بقول الله[٣]: ﴿لَّا يَمَسُّهُۥٓ إِلَّا ٱلْمُطَهَّرُونَ﴾ [الواقعة: ٧٩]، والتطهير يعبر به عن الوضوء والاغتسال جميعا، قال النبي ﷺ للأعرابي الذي علمه الصلاة: «إذا أردت الصلاة فتطهر كما أمرك الله»، أي: توضأ، وقال الله تعالى بعد آية الوضوء: ﴿وَلَٰكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ﴾ [المائدة: ٦].

[٩١٤] **مسألةٌ:** المشتري أو الساكن إذا وجد كنزا جاهليا. ذكرت في كتاب الزكاة[٤].

[٩١٥] **مسألةٌ:** صدقة الفطر صاع من زبيب عِند أبي يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة: نصف صاع.

ولا أراه إلا قد اعتبر المساواة بالقِيمة، وروي في بعض الأخبار: «أو صاع من زبيب»، فيبطل[٥] بالنص اعتبار القِيمة.

---

[١] «ص» (وإنها).

[٢] «ن» (بالمكث).

[٣] «ص» (ولنا قول الله تعالى).

[٤] هذه من «ص»، وليست في «أ»، «ن».

[٥] «ص» (فيسقط).

[٩١٦] مسألةٌ: إذا تزوج امرأة على خدمته سنة فلها مهر مثلها عِند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: لها قِيمة خدمته؛ لأن الخدمة ماله فيستحق فصح[١] تسميتها مهرا. كما لو سمى خدمة عبد فاستحق العبد يجِب قِيمة تلك الخدمة. وكذلِك لو تزوج العبد امرأة[٢] على خدمة سنة بإذن المولى كانت الخدمة مهرا، والمهر لا يكون إلّا مالا، وكذلِك لا تجب قِيمة المسمى مهرا ما لم يكن الأصل مالا، وخدمة الحر والعبد سواء؛ فإنه يجوز الإجارة عليهما، وهي تجارة تبادل مال بمال؛ ولهذا لا يجب[٣] الحيوان دينا في الذمة بدلا عن منافِع الحر كما في سائر الأموال، وقد أوضحنا هذا في مسألة المنافِع يضمن بالإتلاف أم لا.

ولهما: أن قِيمة العين لا يجب تسلِيمها قائمة مقام العين إلّا إذا وجب تسلِيم العين؛ لأنّ القائم مقام الشيء لا يجب إلّا خلفا عنه، والخلف عن الأصل لا يجب إلّا بالسبب الذي ينعقِد موجِبا للأصل حال القدرة كالتيمم لا يجِب إلّا بالسبب الذي يوجِب الأصل لو قدر عليه، وكذلِك صوم الكفّارة لا يجِب إلّا بالسبب الذي يوجِب العتق لو قدر عليه، وعقد النكاح لم ينعقِد موجِبا لتسلِيم الأصل وهو المنفعة مع القدرة عليه، فإن الزوج قادر على التسلِيم وراض به ولا يجِب فلا يجِب تسلِيم قيمتها[٤]، وتبين أنّ التسمية وقعت فاسدة كتسمية الخمر وتسمية منافِعها، لو تزوجها على خدمتها سنة كانت فاسدة ويجب مهر مثلها كما لو تزوجها بغير شيء، وكذلِك لو طلقها على عبد للزوج نفسه سنة، كان طلاقا

[١] «ص» (فيصح).
[٢] «ص» (وكذلك العبد لو تزوج امرأة).
[٣] «ص» (لا يثبت).
[٤] «ص» (قيمته).

بغير شيء، لأنّ التسلِيم لم يجِب، فكانت[١] التسمية فاسدة، بخِلاف ما إذا سمىٰ خدمة عبد غيره؛[٢] لأنّ التسلِيم وجب[٣] إذا رضي به صاحِبه، ولكن الزوج يعجز عن التسليم لحق غيره بعد انعقاد السبب موجِبا، وبخِلاف ما لو كان الزوج عبدا؛ لأنّ المرأة تملك خدمته كذلِك مهرا. والفرق بينهما: ليس من مسألة الخِلاف، فإن الجواب ثابت بالإِجماع.

ثمّ الجواب أن منافِع العبد للمولىٰ فهي بالتسمية لا تملك[٤] إلّا منافِع من مال المولىٰ؛[٥] فصار كما لو تزوجها علىٰ مال هو للمولىٰ بإذنه.

فأما[٦] في مسألتنا فمنافِع الحر للحر، وسبِيل الحر في ملك[٧] النكاح أن يكون مالكا والمرأة مملوكة فيما يعود إِلىٰ القيام والخدمة؛ فإن الله جعل الزوج قواما عليها بنص الكتاب، وحتىٰ[٨] إذا استأجرها الزوج للطبخ والخبز[٩] لا يصح[١٠] كما لو استأجر أمته، فلما صارت هي كالمملوكة في حقّ منافِعها في منافاة الاستِحقاق عليها بعقد جديد للزوج، فكذلِك[١١] من جانبه[١٢] يصِير هو

---

[١] «ص» (فدل أن).

[٢] «ص» (عبد آخر).

[٣] «ص»، «أ» (يجب).

[٤] «ص» (فهي لا تملك بالتسمية).

[٥] «ص» (منافع هي للمولىٰ).

[٦] «ص» (وأما).

[٧] «ص» (في عقد).

[٨] «ص» (حتىٰ).

[٩] «ص» (للخبز والطبخ).

[١٠] «ص» (لم يصح).

[١١] «ص» (وكذلك).

[١٢] «ص» (من جانب الزوج).

كالمالك صح المملوك[١] في حقّ المنافِع في منافات الاستِحقاق بالتسمية، فيصِير تسمية منافِعه لها كتسمية المولىٰ منافِعه لعبده بعقدٍ يوجِب الاستِحقاق عليه لعبده فيلغوا ولا يصح، والله أعلم.

|٩١٧| **مسألةٌ**: قال أبو حنيفة وأبو يوسف فيمن وطئ أمته ثمّ زوجها أن للزوج أن يطأها، وكذلِك إذا تزوج امرأة زنىٰ بها رجل كان له أن يطأها.

وقال محمد: ما أحب[٢] ذلك إلّا بعد الاستبراء بحيضة؛ لأنّ الماء في الرحم له حكم الولد[٣] في الرحم ولو تحقق ولد ولا نسبه[٤] له لم يمنع العقد[٥] ومنع الوطء، فكذلِك[٦] الماء إلّا أنه دونه في الرتبة، كالماء في نفسه هو دون الولد في الرتبة، فأوجب كراهية الفِعل دون الحرمة، ولأنّ الوطء يؤدي إلىٰ اشتباه النسب، فالمخلوق من ماء الغير لا يكون ولده علىٰ الحقِيقة[٧]، ويجِب نفيه إذا علم به؛ فكرهنا له الاشتغال بما يؤدي إليه ولم يحرم.

ولهما: أنه لا حرمة لماء الزاني حرمة سبب أصلا، ولا لماء المولىٰ ما لم يدع؛ لأن الماء[٨] إنّما يجِب احترامه للنسب، فإذا كان بحيث لا يتعلق به النسب

[١] «ص» (مع المملوك).
[٢] «ص» (ما أوجب).
[٣] «ص» (لأن للماء حكم الولد).
[٤] «ص» (ولو تحقق ولدا لا نسب).
[٥] «ص» (النكاح).
[٦] «ص» (وكذلك).
[٧] «ص» (فالمخلوق من الغير ماء الغير علىٰ الحقيقة لا يكون ولده).
[٨] «أ» (والماء)، «ن»: (أو الماء)، والمثبت من«ص».

لم يجِب احترامه، فلا يمتنع الوطء لأجله[١] فخلط الماء[٢] حرم لوجوب حفظ الأنساب لا غير، ولهذا لم يحرم محمد، ولهذا لم يكن بالنكاح بأس[٣] والنكاح بنفسه سبب فراش وثبت[٤] به الفراش[٥] كالماء.

وكذلِك كان القياس بعد الحبل أن لا يحرم الوطء؛ لأنّه لا حرمة لذلك الولد إِلّا أنا حرمناه بالنص" من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه زرع غيره" والزّرع اسم للنابت كزرع الحِنطة لا لما لم ينبت، بخِلاف من اشترىٰ جارِية يحرم عليه الوطء لماء البائع ولا نسب له قبل الدعوة كما لو وطئ ثمّ زوج؛ لأنّ الاستبراء واجِب[٦] فيه والوطء حرام، وهاهنا لا يجِب عِند محمد ولكن أحبه فالفرق ثابت بالإِجماع، وكذلِك يجِب، وإن كان المولىٰ استبرأها بحيضة ثمّ باعها، وهاهنا لم يؤمر الزوج بالاستبراء أصلا، إذا كان المولىٰ استبرأها، فعلمنا أن الشّرع ألغىٰ اعتبار الماء ونقل الحكمة[٧] إِلىٰ سبب الحل، فمتىٰ كان بملك اليمِين وإنه[٨] يتحقق مع شغلها بالماء المحترم، فإنها تسبىٰ وهي منكوحة، وتباع وهي موطوءة وطئا حلالا وفيها ماء صالح للنسب بالدعوة.

فلما لم يبن ورود ملك اليمِين علىٰ الفراغ من ماء الغير أدىٰ تعليق الإباحة

---

[١] «ص» (بسببه).

[٢] «ص» (المياه).

[٣] مشكلة في «أ»، والمثبت من «ن»، «ص».

[٤] «ص» (ويثبت).

[٥] «ص» (النسب).

[٦] «ص» (وجب).

[٧] «ص» (الحكم).

[٨] «ص» (فإنه).

بنفس المِلك إلىٰ اشتباه الأنساب[١] فجعل استحداث ملك الوطء بملك اليمين سببا للاستبراء حتّىٰ ينقطع الاشتباه وألغىٰ حقِيقة الماء فوجب، وإن كانت بكرا أو البائع[٢] امرأة لقيام ملك الوطء ملك[٣] اليمِين الذي هو سبب خلط[٤] المياه مقام الخلط حقِيقة، والنكاح في الأصل بني علىٰ الفراغ عن المياه المحترمة، فإنه لا ينقطع بعد الماء إلّا بعدة زائدة علىٰ الاستبراء، وأصل النكاح في الحرائر، فجعل استحداث[٥] ملك الوطء بملك النكاح بحيث يحِلّ بنفس المِلك ولم يعتبر الماء.

فقيل فيمن زوج أمته وهو يطؤها: إنها تحل للزوج بالنكاح كأنه لا ماء وإن وجد؛ لأنّه صار لغوا بالسبب[٦]، كما وجب الاستبراء حيث لا ماء كأنه ثمّ ماء؛ لأنّه صار لغوا بالسبب، فمحمد احتاط لباب الوطء فاعتبر أصل الماء في المنع من الوطء استحسانا، وألغاه أصلا في باب وجوب الاستبراء؛ لأنّ الاحتياط ثم في الإيجاب وإيجاب الحرمة، وهما مرا علىٰ القياس، في أن الأسباب الدالة علىٰ[٧] العلل متىٰ أقيمت مقام العلل لعذر ومعنىٰ[٨]؛ لغت العلل في أنفسها ودار الحكم مع الأسباب، كالسفر والرخصة وإلغاء المشقة والخطاب مع البلوغ، وإلغاء اعتدال الفعل[٩] أصلا علىٰ ما بينا في غير موضع، وللعِلّة[١٠] المحررة

---

[١] «ص» (النسب).

[٢] «ص» (والبائع).

[٣] «ص» (بملك).

[٤] «ص» (لخلط).

[٥] «ص» (الاستحداث).

[٦] «ص» (بالنسب).

[٧] «ص» (الداعية).

[٨] «ص» (أو لمعنىٰ).

[٩] «ص» (العقل).

[١٠] «ص» (والعلة).

علىٰ سبِيل المقايسة لأبي حنيفة وأبي يوسف ، أن الوطء حل بالنكاح فلا يستحب التعليق بالاستبراء قياسا علىٰ ما[١] إذا استبرأها المولىٰ ثمّ زوجها ، واستبرأت المرأة بعد الزنا بحيضة ثمّ تزوجت[٢].

والفقه ما قلناه في قيام السبب مقام العِلّة ، وإلغاء الماء الذي هو عِلّة كما في استبراء المماليك.

[٩١٨] **مسألةٌ:** المرأة إذا دخل بِها زوجها برضاها ثمّ حبست نفسها بالمهر كان لها ذلك عِند أبي حنيفة.

وقال صاحِباه[٣]: ليس لها ذلك ؛ لأنّ المملوك منها إما أن يعتبر بحرمتها[٤] أو منفعة ، وأيا ما[٥] كان يصير مسلما بتسلِيم الرقبة ، كمن آجر دارا شهرا وسلم يصِير مسلما للكل ولا يبقىٰ له حقّ الحبس ، وإن كانت الأجرة معجلة أو باع النصف من الدار ؛ ولأنّ المهر كله يقابل ما استوفىٰ بالوطأة الواحِدة.

ألا ترىٰ أن الكل تأكد بِها حتّىٰ لم يحتمل السقوط ، ولو فسخ العقد بعدها[٦] بقي المهر بما استوفىٰ بالمرة ولم يعمل الفسخ فيه ، وكذلِك في النكاح الفاسد يجِب المهر كله بالوطئة الواحِدة وإن رد العقد ، وإذا لم يكن بالباقي معها

[١] «ص» (كما).

[٢] «ص» (ثم تزوجها).

[٣] «ص» (وعندهما).

[٤] «أ» (أو تعيين بحرمتها) ، «ن» (أو يعتبر بحرمتها) ، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (وإنما).

[٦] «ص» (بعد ما).

مهر لم يملِك الحر[١] بالمهر.

ولأبي حنيفة: أن المملوك يعقد النكاح علىٰ ما قررنا في مسائل النكاح ليس بحرٍ ولا منفعةٍ ولكنه في حكم الأحرار[٢]، وهو ما يصِير مستوفىٰ منها بالوطء، ولم يستوف منها جزءًا يشار إليه، وإذا كان كذلك لم يتصوّر[٣] قبض المملوك، وهو فيها لا يمكن الإشارة إليه إلّا بالاستِيفاء؛ لأنّها في يد نفسها والمملوك فيها لا يتفصل عنها إلّا بالاستِيفاء فكان[٤] كالشيء في يد البائع، وقبضه حقيقة لا يتصوّر مسلما إلّا بقدر ما انتزع من اليد، وكالواجِب من القصاص بالقتل لا يتصوّر مقبوضا منه للولي إلّا بالإِتلاف؛ لأنّ[٥] القصاص معنىٰ فيه ليس بجزاء[٦] ولا منفعة قبل[٧] الانفصال عن الجملة بخِلاف المبِيع العين؛[٨] لأنّه عين مشار إليه يتصوّر تسلِيمه بنفسه، وأما الإجارة فالمنافِع لا تصير[٩] مقبوضة للمستأجر إلّا بتمام المدة؛ لأنّها معدومة لا لأنّها وصف للعين لا تقبل الفصل، بل المنفعة غير العين علىٰ ما عرف حتّىٰ كانت منافِع الحر مالا وأجزاؤه ليست بمال.

فأما قوله: المهر كله يقابل الوطأة فغلط المهر يقابل المملوك علىٰ المرأة بالنكاح، كالثمن يقابل المملوك من المبِيع لا بعضه، والمملوك عليها ما يستوفىٰ

[١] «ص» (الحبس).

[٢] «ص» (الأجزاء).

[٣] «ص» (ليس يتصور).

[٤] «أ» (وكان)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٥] «ص» (لأنه).

[٦] في «أ»: (بجزء).

[٧] «ص» (تقبل).

[٨] «ص» (لعين).

[٩] «أ»، «ن» (لا يصير)، والمثبت من «ص».

منها إلى الأبد، ولكن للجزء المستوفى بالوطأة الواحِدة حكم الجميع في حقّ وجوب كمال البدل بإزائه إذا تفرد مملوكا بدِلالة الشّرع، بخِلاف القياس تعظِيما لأمر البضع، فأما قبل التفرد[١] وبقاء كل المِلك فالمهر مقابل بالكل، وهو القياس الصحيح على العقود المعاوضات.

[٩١٩] **مسألةٌ**: إذا تزوج امرأة حامِلا من الزنا صح النكاح[٢] ولا يطؤها حتّى تضع حملها عِند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف ﵀: لا يصح النكاح؛ لأنّ الحبل من زنا بمنزلة الحبل عن نسب[٣] في المنع من الوطء بعد النكاح، فيكون بمنزلته في منع النكاح ابتِداء قِياسا على العدة عن الغير بشبهة، لما منعت الوطء بعد النكاح منعت ابتِداء النكاح[٤].

إلّا أنا نقول: القياس أن يحِلّ الوطء مع الحبل عن[٥] زنا؛ لأنّه لا حرمة له على ما مر أن الماء عن زنا لا يمنع الوطء، وللماء المحترم حكم الولد في المنع من الوطء، إلّا أنا[٦] حرمنا[٧] بالنص بخِلاف القياس، فيجِب القصر على الوطء ولم يجز قياس النكاح عليه.

---

[١] «ص» (النفوذ).

[٢] «ص» (العقد).

[٣] «ص» (عن رشدة).

[٤] «ص» (العقد).

[٥] «ص» (من).

[٦] «ص» (لأنا).

[٧] «ص» (حرمناه).

ألا ترىٰ أن الزنا في النكاح لا يحرم علىٰ الزوج، ولو حبلت منع الزوج عن الوطء، وكذلك ماء الزنا لا يوجِب[١] عدة علىٰ المرأة؛ فثبت أنه لا حرمة له بوجه، بخِلاف المسبية الحامل لا يحِلّ نكاحها؛[٢] لأنّ ولدها ثابت النسب وله حرمة، كما[٣] تعلق منه ولد[٤] ثابت النسب يحرم[٥] الوطء إلّا[٦] باستبراء وعدة.

|٩٢٠| **مسألةٌ**: إذا قال: كل ثوب ألبسه من غزلك فهو هدي، فلبس ثوبا من غزلها من قطن كان له يوم الحلف أو استفاد[٧] بعده حنث عِند أبي حنيفة.

وعِندهما[٨] ﷫: إنّما يحنث في المِلك القائم يوم اليمِين؛ لأنّ قوله ألبسه من غزلك ليس بسبب ملكه[٩]، واليمِين بالصدقة لا يصح إلّا في ملك أو مضاف[١٠] إلىٰ ملك، كما لو قال كل جارِية اشتريتها[١١] فهي حرة، فإنه ينصرف إلىٰ الإماء الموجودات في ملكه.

ولأبي حنيفة[١٢]: أن قوله ألبسه من غزلك بمنزلة قوله ألبسه من غزلك لي

[١] «أ»، «ن» (لا يكون)، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (وطؤها).
[٣] «ص» (بما).
[٤] «ص» (وولد).
[٥] «ص» (محرم).
[٦] «ص» (لا).
[٧] «ص» (استفاده).
[٨] «ص» (وقال صاحباه).
[٩] «ص» (ملك).
[١٠] «ص» (مضافة).
[١١] في «أ»: (أشتريها).
[١٢] «ص» (وله).

من قطني بدِلالة الحال ، فحال الزوجية دالة علىٰ غزلها للزوج من قطن الزوج من حيث العرف ، وكذلِك من حيث الشّرع أنها بمنزلة المملوكة للزوج فيه ، حتّىٰ إذا استأجرها لتغزل[١] له لم يصح ، وإذا كان كذلِك يقيد[٢] المطلق بدِلالة العرف ، كما يتقيد المطلق بالنطق ولو قيده بذلك[٣] في اليمين انصرف إلىٰ كل ثوب ؛ لأنّ سبب ملك الثوب مذكور فيما يستقبل فكذلِك هذا .

ومثاله الصرورة ينوي الحج مطلقا يتقيد بحجّة الإسلام بدِلالة العرف ، فإنا لا نجد في عرف الناس خروج الصرورة للحج إلّا وهو يريد حجّة الإسلام ، فيقيد[٤] بدِلالة ؛ لأنّ الوقت لا يحتمل[٥] غيره ، فإنه لو نوىٰ التطوع كان عنه عِندنا ؛ بخِلاف مسألة التسري[٦] لأنا نجد في عرف الناس الوطء في ملك وغير ملك ، وإن كان الشّرع حرم بغير ملك والعبد ، إنّما يثبت بعرف[٧] الناس ، فالكلام للناس فيتقيد بعرف استعمالهم .

❊ فإن قِيل: التسري عِبارة عن وطء مخصوص وهو علىٰ اتخاذ الواطئ المرأة سرية[٨] ، والسرية لا تكون إلّا في ملك عرفا .

❊ قلنا: قوله سرية أي[٩] معدّة للوطء ويعدّ[١٠] في ملك وغير ملك في

---

[١] «ص» (للغزل) .
[٢] «أ» ، «ن» (تقيد) ، والمثبت من «ص» .
[٣] «ص» (كذلك) .
[٤] «ص» (فيتقيد) .
[٥] «ص» (لا يقبل) .
[٦] «ص» (المشتري) .
[٧] «ص» (في عرف) .
[٨] زاد في «أ» : (له) .
[٩] «أ» ، «ن» (إلىٰ) ، والمثبت من «ص» .
[١٠] «أ» (ونفذ) ، «ن» (ويعد) ، والمثبت من «ص» .

تعارف[١] الناس.

[٩٢١] **مسألةٌ:** رجل قال: عبده حر إن لم أضح مع الناس العام بمكة، فشهِد شاهدان أنه ضحّىٰ بالكوفة لم يعتق العبد عِند أبي حنيفة، وقال محمد: يعتق.

قال شيخي رحمه الله: قال أبو الحسن الكرخي وأبو يوسف مع محمد رحمهما الله: وموضوع المسألة بأن[٢] العبد ليس يدعي العتق. وعِندي أن هذه المسألة[٣] علىٰ حدة.

وجه قول محمد ظاهر: أن هذه بيِّنة قامت علىٰ شرط العتق[٤] فيقبل، كما لو علق العتق بدخول الدّار وقامت البيِّنة عليه.

وإِنّما قلنا: قامت البيِّنة علىٰ شرط العتق؛ لأنّ الشرط عدم التضحية بمكة والعدم لا طريق إِلىٰ إِثباته إِلّا[٥] بإِثبات كونه في غير ذلك المكان في ذلك اليوم؛ لأنّ الشخص الواحِد لا يتصوّر في مكانين.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف: أن البيِّنة غير مقبولة علىٰ الصريح، لأنّه لا مدعي له بنفسه، ولا يجوز أن يقبل علىٰ العرض[٦] منه؛ لأنّه نفي للتضحية[٧]

[١] «أ» (في تعاشق)، «ن» (في تفاسير)، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (أن).
[٣] «أ»، «ن» (مسألة)، والمثبت من «ص».
[٤] «ن» (للعتق).
[٥] «ص» (لا).
[٦] «ص» (الغرض).
[٧] «ص» (التضحية).

بمكة والبينات لا تقبل على النفي.

❁ **فإن قِيل:** تقبل على التضحية بالكوفة بدعوى العبد؛ لأنّه سبب لثبوت حقه من العدم بمكة ودعوى الإنسان كما يصح لحقه يصح لسبب حقه. ألا ترى أنه إذا قال: هذا العبد لي، اشتريته من فلان الغائب وأقام البيِّنة قضي بالشِّراء على الغائب.

❁ **قلنا:** التضحية بالكوفة ليست بسبب عدمه[١] في مكة[٢]، فالعدم كان ثابتا أصلا؛ لأنّه ليس فيها كان هو بالكوفة أم لا، وإن كان فيها فالعدم ثبت[٣] بالارتحال عنها، إنّما التضحية بالكوفة أمر إذا ثبت ثبت العدم بمكة مقتضى وضرورة؛ أن[٤] الشخص الواحِد لا يثبت في مكانين، وإذا[٥] كان كذلِك لم يصح من الأجنبي إِثبات الأصل الذي يقتضي ثبوت حقه لا حقّ له في الأصل، بل فسد؛ لأنّه لا يقتضي ثبوت حقه.

ألا ترى أن من كانت له أمة قد ولدت عِنده ولدين توأم[٦] فباعها مع أحد الولدين فأعتق المشتري الأمّ والولد ثمّ ادّعى البائع الولد الذي باعه لم تصح[٧] الدعوى، وإن كانت دعواه تقتضي الولد[٨] الذي عِنده لأنّهما توأم[٩] لا يتجزأ

---

[١] «ص» (سبب عدمها).
[٢] «ص» (بمكة).
[٣] «ص» (يثبت).
[٤] «ص» (فإن).
[٥] «ص» (وإن).
[٦] «ص» (توأمين).
[٧] «أ»، «ن» (لم يصح)، والمثبت من «ص».
[٨] «أ»، «ن» (فإن كانت دعوته تقتضي دعوته)، والمثبت من «ص».
[٩] «ص» (لكونهما توأمين).

حكم علوقهما، ولو ادّعىٰ الذي عِنده صح وثبت نسب الآخر وبطل عتق المشتري، ولو كان المشتري لم يعتقه وادعىٰ[1] البائع صح وثبت نسب الذي عِنده كأنه ادعاهما؛ لأنّ المبيع محلّ قبل ثبوت الدِلالة، فلما صحت الدعوة فيه لولا الآخر فلم يثبت[2] الآخر مقتضىٰ به وبعد العتق ما كان يصح لولا الآخر، فلم يصح لثبوت الولاء للمشتري، وإذا لم يصح لم يصح فيما عِنده مقتضىٰ به، ولم يصح لما[3] أن المقتضىٰ محلّ ولم يعتبر المقتضي ما ينافي دعواه قبل ثبوت الأصل في نفسه، وكذا[4] في مسألتنا لم[5] يعتبر دعوىٰ التضحية بالكوفة؛ لأنّ مقتضاها[6] عدمها[7] بمكة، بل يعتبر بما لو لم يقتضي عدمها بمكة فلا يصح الدعوىٰ.

وكذلِك رجل أقام البيِّنة[8] علىٰ امرأة أنه تزوجها؛ فأقامت هي البيِّنة أنه تزوج أختها قبلها لا[9] يبطل نكاحها؛ لأنّ نكاح الأخت ليس بسبب للفرقة[10] بل إذا ثبت اقتضىٰ منافاة نكاحها، والله أعلم.

---

[1] «ص» (وادعاه).

[2] «ن» (لولا الآخر ثبت الآخر)، والمثبت من «ص».

[3] «أ» (كما)، والمثبت من «ن»، «ص».

[4] «ص» (وكذلك).

[5] «ص» (لا).

[6] «أ»، «ن» (مقتضاه)، والمثبت من «ص».

[7] «أ»، «ن» (عدمه)، والمثبت من «ص».

[8] «ص» (أقام رجل البينة).

[9] «ص» (لم).

[10] «ص» (الفرقة).

|٩٢٢| **مسألةٌ**: قال علماؤنا في الجامع الصغير: لا يجوز بيع النحل.

وعن محمد رحمه الله: في غير الجامع[١]: أنه يجوز؛ لأنّه منتفع بِها من حيث أنها عسّالة، فأشبه[٢] الكلب الصائد، وهذا لما مر في باب الكلب أن غير الأدمي ما خلق في العالم صالحا لمصالح الأدمي يصِير متقوِّما إذا تموله الناس لمصالحهم، ولم يجز الشّرع ذلك التمول. والنحل وإن كانت لا تؤكل فقد تمولها الناس لكونها عسالة، وهي صفة قائمة فيها، فيصِير مالا متقوِّما يجوز بيعه إذا كان محرزا معلوما[٣] بمكان جمعه[٤] وأمكن تسلِيمه[٥]، كالكلب الصائد وكذلِك الأولاد، وإن لم تكن[٦] عسالة للحال، لأنّها تؤول[٧] إلى هذا الوصف كما يجوز بيع البازي غير المتعلم، لأنّه صالح له وكذلِك الفهد.

ووجه رواية الأصل: أن النحل ليست بمال في نفسها؛[٨] لأنّها لا تؤكل[٩] بلا خِلاف بيننا؛ لأنّه لا ذكاة لها[١٠] ولا أكل إلّا بعد الموت والميتة[١١] حرام بالنص، وإنّما استثني من الجملة الجراد والسمك وإليه أشار في الأصل، فقال:

---

[١] «ص» (في غير رواية الأصل).

[٢] «ص» (فأشبهت).

[٣] «ص» (إذا كانت معلومة محرزة).

[٤] «ص» (جمعها).

[٥] «ص» (تسليمها).

[٦] «أ»، «ن» (لم يكن)، والمثبت من «ص».

[٧] «أ»، «ن» (تول)، والمثبت من «ص».

[٨] «ص» (ليس بمال في نفسه).

[٩] «ص» (لأنه لا يؤكل).

[١٠] «ص» (لها).

[١١] «ص» (الميت).

النحل بمنزلة الزنبور ولا يجوز بيعها[١] لأنها عسالة[٢] كالكلب الصائد وكالفهد[٣] أو البازي ؛[٤] لأن معنى قولنا[٥] عسالة: أنه يخلق في بطنها جسم آخر سمي[٦] عسلا كالدجاجة البائضة والشاة الولود والجسم الباطن[٧] في الحيوان لا يعدّه[٨] مالا فلا يصير الأصل به مالا كما لا تصير الملاهي[٩] مالا بصنعة صنعت للهو؛ لأنّ تلك الصنعة ليست بمال فلا يتقوم الأصل به[١٠] والدليل على أن الحبل ليس بمال ما بينا في مسألة نقصان الولادة ينجبر بالولد، وولد الغصب أنه غير مغصوب وأن غصب الأمّ حامِلا ؛ لأنّ الولد عند الغصب لم يكن مالا ليصير مضمونا بالغصب، وإنّما صار مالا بالولادة، والولادة في يده ليست بغصب بخِلاف المنافِع ؛ لأنّها أموال في أنفسها فجاز أن يتقوم الأصل بِها إذا صارت تبعا لها كالوصف.

❁ فإن قِيل: إذا[١١] باع شاة على أنها حلوب صح الشرط، وإذا لم يجد[١٢] على ذاك[١٣] الوصف رد بالعيب واللبن جسم في بطنها وعدّ مالا متقوّما حتى

---

[١] «ص» (بيعه).

[٢] «ص» (بحكم أنه عسال).

[٣] «ص» (والفهد).

[٤] «ص» (والبازي).

[٥] «ص» (قوله).

[٦] «ص» (يسمى).

[٧] «ص» (النامي).

[٨] «ص» (يعد).

[٩] «أ» (هي)، والمثبت من «ن»، «ص».

[١٠] «ص» (بها).

[١١] «ص» (لو).

[١٢] «ص» (يوجد).

[١٣] «ص»، «أ» (ذلك).

صار عدمه عيبا.

۞ قلنا: لا رواية لهذا الفصل. وقيل فيما إذا باعها على أنها تحلب كذا: لا يجوز؛ لأنّه مجهول، وأما على أنها حلوب فمن المشايخ من قال أنه يجوز، وقول بعض المشايخ لا يرد نقضا على المذهب، ولا ينبغي أن يعتبر مالا، فقد ثبت المذهب أن اللبن في يد الغاصب يحدث أمانة، فإن غصبها بلبنها في الضرع، ولو اعتبر مالا متقوِّما لصار مضمونا مع الأصل كسائر الأطراف.

وذكر في كتاب الهبة في رواية في آخر الباب: أنه لو وهب اللبن في الضرع فأمره بالحلب لم يصح، ولو كان مالا صح[١] إذا كان ممكن القبض، كالصوف على ظهر الشاة يجوز هبته إذا سلطه على الجز فلما فسد علم أنه ليس بمال، وكان بمنزلة هبته[٢] الخمر على أن يقبضها إذا صار[٣] خلا.

وذكر في رواية أول الباب أن الهبة تصح؛[٤] فتدل[٥] تلك الرواية على أنه مال حين[٦] صحّت إضافة الهبة إليه؛ ولأنّ الشاة مال بنفسها وتزداد بهذا الوصف قيمتها بمنزلة شراء أمة على أنها تركية، والنحل في الأصل ليس بمالٍ فلا يصِير مالا بكونها عسالة[٧]، كشخص[٨] ليس بمال لا يصِير مالا بكونه تركيا ولا يلزم

[١] «ص» (يصح).
[٢] «ص» (هبة).
[٣] «ص» (صارت).
[٤] «ص» (جائزة).
[٥] «أ»، «ن» (فدل)، والمثبت من «ص».
[٦] «ص» (حتى).
[٧] «ص» (عسالا).
[٨] «ص» (لشخص).

الدين؛ لأنّه ليس بجسم باطن؛ ولكنه وصف جعل في الحكم كشيء قائم ظاهر في يده قابل للتسلِيم من نحو المنفعة حتّىٰ صح السراية.

ولا يصح إلّا بمال وكذلِك الصلح عليه ويقع بمال، ولا يجوز إلّا بما يقبل التسلِيم. وكذلِك بيع السلم جائز وإنما باع حِنطة وجبت عليه، وجاز كبيع المنفعة، وكذلِك الزكاة تجب في الدين ولا تجب في الحبل إلّا بعد الولادة وإن كان[١] الأصل للتجارة فثبت أنه ليس من قبل الولد واللبن والعسل.

❁ فإن قِيل: بيع السّكر جائز عِند أبي حنيفة وأنه ليس بمأكول[٢] ولا منتفع[٣] به.

❁ قلنا: إنّما جاز لأنّ أصله عصير وهو مال حلال منتفع به.

واختلفت[٤] الأخبار والفقهاء في السّكر، فكان يجِب أن لا تثبت[٥] الحرمة للشرب[٦] ولا للبيع بل يبقىٰ علىٰ ما كان عِند التعارض، بل يبقىٰ علىٰ ما كان، إلّا أن أبا حنيفة حرّم الشرب احتياطا، ولا يحتاط لحرمة البيع فبقي في حقه علىٰ الإباحة، وكذلِك في التقويم علىٰ المتلف.

فأما ما نحن فيه فحرام بأصله؛ لأنّه لا يتصوّر له[٧] أصلا في نفسه؛ وإنّما[٨]

---

[١] «أ»، «ن» (كانت)، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (وأنه غير مأكول).
[٣] «ص» (ينتفع).
[٤] «أ»، «ن» (واختلف)، والمثبت من «ص».
[٥] «ص» (أن لا تجب).
[٦] «ص» (حرمة الشرب).
[٧] «ص» (لا منفعة له).
[٨] «ص» (إنما).

يثبت بماله من العسل، وقد أبطلنا ذلك فبقي غير متقوم. واحتج في الأصل: بأنه لو وجد بواحِد منها عيبا بكم يرده، أشار إلىٰ الفساد لمكان الجهالة الفاحشة في العدد، وذلك لأنّ عددها[١] لا توقف عليها، وللبيع أحكام لا يمكن إثباتها إلّا بمعرفة عدد الجملة من الرد بالعيب الثابت في البعض فتصير الجهالة معتبرة فيفسد البيع، بخِلاف الحمام في البرج؛ لأنّه ممكن عدها[٢] إذا سد الباب واستولىٰ عليها كلها[٣]، وهاهنا إذا سد الباب لم يتصوّر الاستِيلاء علىٰ ما في البيت ليعد، وكذلِك المكيل والموزون وإن كثر، وأشير إلىٰ مكانه أمكن إعلامه بالوزن والكيل، وكان علىٰ هذا بمنزلة بيع ما في هذه البلدة من المنقولات، وأنه[٤] لا يجوز، والله تعالىٰ أعلم.

[٩٢٣] مسألةٌ: إذا اشترىٰ مدبّرا وقبضه لم يصر مضمونا عليه عِند أبي حنيفة.

وعِندهما: يصِير مضمونا، لأنّ المقبوض بالعقد الفاسد في حقّ الضمان كالمغصوب، والمدبر يضمن بالغصب.

ولأبي حنيفة: أن المقبوض بالبيع[٥] الفاسد مضمون بالعقد لا بالقبض بدليل أنه يملِك المقبوض بذلك الضمان كالثمن في العقد الصحيح، وضمان

[١] «ص» (عدده).

[٢] «ص» (عده).

[٣] «ص» (واستولىٰ عليه كله).

[٤] «ص» (فإنه).

[٥] «ص» (بالعقد).

الغصب لا يوجِب المِلك كما[١] غصب؛ وذلك لأنّ ضمان الغصب ضمان المغصوب في عينه؛ بأن يصِير عينه مضمونا عليها[٢] ما لم يقض عليه بالقِيمة.

وفي مسألتنا هذه يصِير مضمونا بالقِيمة علىٰ سبِيل المبادلة حتّىٰ تملكه[٣] بذلك الضمان، وإذا كان الضمان فيما نحن فيه ضمان بدل لا ينعقِد فيما لا يحتمل المِلك بالبدل، ولما كان ضمان الغصب ضمان عين انعقد فيما عينه مال متقوم حقّا لمالكه، ووجب[٤] عِند فوته بحكم الجناية؛ إذا لم يصلح بدلا، كما لو قطع يد حر؛ لأنّ الغصب تعدي[٥] ولا سبِيل في مسألتنا إلا إلىٰ ضمان عقد الشِّراء والمبادلة، ولا يلزم المقبوض علىٰ سوم البيع؛ فإنه مضمون[٦] بحق العقد ولا يوجب ملكا؛ لأنا قلنا: ضمان العقد لا ينعقِد فيما لا يحتمل المِلك بالضمان، ولم نقل لا يجِب الضمان إلّا موجِبا للمِلك، ألا ترىٰ أنا اعتبرناه بالصحيح، والثمن قد يجِب غير موجِب لملك الأصل لمانع، كما إذا اشترىٰ علىٰ أن البائع بالخيار يجِب الثمن عليه غير موجِب بملك الأصل، وعنده[٧] المدبر إذا قبض علىٰ سوم العقد[٨] لا[٩] يضمن كما لو قبض بعد العقد.

---

[١] «ص» (لما).

[٢] «ص» (مضمونة عليه).

[٣] «ص» (ملك).

[٤] «ص» (وجب).

[٥] «ص» (تعد).

[٦] «ص» (مقبوض).

[٧] «ص» (وعندنا).

[٨] «ص» (البيع).

[٩] «ص» (لم).

[٩٢٤] **مسألةٌ**: ما ثبت مكيلا أو موزونا بالنص لا يتغير بالعرف عِند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف والشافعي ﷺ: يتغير؛ لأنّ المعيار شيء وضع لإظهار قدر ما يعيّر[١] به والظهور بالمعيار مما يعرف حسا لا شرعا، فإذا كان القدر بالوزن يعرف من الكيل صلح معيارا، وكذلِك الكيل في الموزون.

ألا ترىٰ أن ما لا نص فيه كيف يتغير[٢] بالعرف، والشّرع إِنّما[٣] يعتبر في باب الأحكام لا في المعايير، ألا ترىٰ أن المساواة في باب الربا يثبت بغير مكيال أهل المدينة الذي كان ثابتا في زمن[٤] رسول الله ﷺ؛ لأنّ الناس تعارفوا بمكيال آخر، وأنه أمر معقول.

ولهما: أن النبي ﷺ لما قال: «الحِنطة بالحِنطة مثلا بمثلٍ، كيلا بكيل»(٥)، صار بالنص الكيل بالكيل شرطا للجواز، فلا يجوز تركه بعرف الناس، وكذلِك في الذهب بالذهب وزنا بوزن.

ولأبي يوسف: أن الشرط مثل بمثل لا غير، لأنّه حكم شرعي فيثبت بالشّرع، فأما تفسير المثل بالكيل فليس بحكم، ولكن ذلك[٦] للمعيار الذي كان في ذلك الزمان والمعيار بعينه أنه قفيز ليس من الحكم في شيء، والله أعلم.

[١] «ص» (ما يعين).
[٢] «ص» (يتعين).
[٣] «ص» (لهما).
[٤] «ص» (علىٰ عهد).
(٥) رواه مسلم (١٥٨٨) عن أبي هريرة ﷺ.
[٦] «ص» (ذكر).

|٩٢٥| **مسألةٌ**: الأعمىٰ إذا اشترىٰ شيئًا انقطع خيار رؤيته بالحس إذا كان الشيء مما يحس.

وعِند أبي يوسف: أنه يوقف بحيث لو كان بصيرا لرأىٰ.

وقال محمد: يوصف له؛ لأنّ الوصف أقيم في الأعلام فيما لا يعاين[١] مقام العيان.

والجواب عنه: أن الحس فيما يمكن حسه[٢] فوق الوصف؛ لأنّه يوجِب العلم من طريق الإحساس كالرؤية، فحس الحس يتصل بالشيء، وحس السمع[٣] يتصل بالصوت[٤] لا بالوصف؛ فلا يضاف إلىٰ الوصف إلّا فيما لم يمكن حسه، والله أعلم.

|٩٢٦| **مسألةٌ**: إذا أقرّ بدين عِند القاضي ثمّ ادّعىٰ أنه مفلس لم يصدق عِند أبي حنيفة وأبي يوسف بحال.

وقال محمد: يصدق في كل دين أصله ليس بمال كالمهر وبدل الخلع وضمان الكفالة؛ لأنّ الأصل هو العسر[٥] ولم يثبت بالإقرار ما يزيل أصله؛ لأنّه لزوم مال لا غير وبه يزداد العسر، بخِلاف الثمن فإنه[٦] بدل مال فيزول العسر

---

[١] «ص» (لأن الوصف في الأعلام فيما لا يعاين أقيم).

[٢] «ص» (يحسه).

[٣] «ص» (الوصف).

[٤] «ص» (يبطل بالفوت).

[٥] «أ»، «ن» (العشر)، والمثبت من «ص».

[٦] «ص» (لأنه).

بالمال الذي دخل في ملكه.

ولهما أن الظاهر من حال العاقل أنه لا يلتزم أمرا لا قدرة به على أدائه، وذكر في الأصل: أن القاضي يحبس الزوج بنفقة امرأته، وإن ادّعى العسر[١] لم يصدقه، وأنها تلزمه بلا بدل؛ لأنّ الشروع في النكاح وهو سبب الجهالة نفقة المرأة دليل على قدرته عليه فكذا[٢] المهر لأنّه ألزم.

/٩٢٧/ **مسألةٌ**: رجل لزم رجلا بدعوى فكفل له رجل بنفسه وقال[٣]: إن لم آتك به غدا فعلي مائة دينار فلم يأت به، وادّعى المدعي مائة دينار لزمت الكفيل عِند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد رحمه الله: لا يلزمه؛ لأنّ المائة دينار لم يكن ثابتا عِند الكفالة فلا يجب بالدعوى إذا أنكره الكفيل وتصير الكفالة من الكفيل عوضا عن نفسه فيكون فاسدا.

ولهما: أنه لما أخرج الكفالة بالمال بدلا عن الكفالة بالنفس، وإنما[٤] يصح إذا كان اللزوم بسبب ذلك المال صار كأن الكفيل أقرّ به عِند الكفالة بدِلالة العرف، وقال: فعلي[٥] المائة الدينار التي لزمته بِها، فإذا ادعاه[٦] المدعي ثبت[٧] بإقرار الكفيل بذلك لا بالدعوى.

---

[١] «أ»، «ن» (العشر)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (وكذلك).

[٣] «ص» (فقال).

[٤] «ص» (وأنه).

[٥] «ص» (علي).

[٦] «ص» (ادعاها).

[٧] «ص» (يثبت).

|٩٢٨| **مسألةٌ**: إذا ادعت المرأة نكاحا على رجل بألف وخمسمائة درهم فشهِد لها شاهد بألف وخمسمائة والآخر بألف، ثبت[١] الألف عِند أبي حنيفة.

وقالا[٢]: لا يثبت؛ لأنّ العقد بألف غير العقد بألف وخمسمائة[٣] والعقد معتبر؛ لأنّها ادعت مالا بسبب فيصِير خصما في إِثبات السبب، فلا تثبت[٤] الشهادة أصلا كما إذا كانت الدعوى بسبب بيع أو طلاق بمال أو عتق بمال وإن اختلفا كذلِك.

ولأبي حنيفة[٥]: أن صحة النكاح نكاحا بعوض مستغني عن إِثبات المهر، فإنه يصح بلا تسمية مهر ويقع بمهر، ولما استغنى لم يصر من صُلب المشهود به من النكاح الذي ادعت، والشّاهِدان إذا اختلفا فيما ليس من صلب الشهادة وأمكن التوفيق بينهما قبلت الشهادة، كما إذا اختلفا في ثوب المتعاقدين وشاهد زائد مقيم وهذا لأن ما اختلفا فيه فجعل[٦] كأن[٧] لم يكن، فإذا لم يتصل عدم ذلك بالمشهود به ثبت، وهاهنا التوفيق ممكن بأن يجعل العقد بألف ثمّ زاد الرّجل أو كان العقد بألف وخمسمائة فحطت المرأة، وإذا ثبت العقد بقيت[٨] الشهادة على المهر بدونِ السبب، كما لو ادعت ألفا وخمسمائة فشهِد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة.

[١] «ص» (يثبت).
[٢] «ص» (وعندهما).
[٣] «أ»، «ن» (بألفين)، والمثبت من «ص».
[٤] «أ»، «ن» (يثبت)، والمثبت من «ص».
[٥] «ص» (وجه قول أبي حنيفة).
[٦] «ص» (جُعل).
[٧] «ص» (كأنه).
[٨] «ص» (تثبت).

بخِلاف البيع ؛ لأنّ العقد لا يستغني عن ذلك[١] الثمن لينعقِد فلا بد من اعتبار المسمىٰ لإمكان القضاء بيعا[٢] ومتىٰ اعتبر صارا[٣] عقدين ، وبخِلاف العتق علىٰ مال فإنه يستغني عن المال ولكن لا يكون معاوضة بل يكون إعتاقا محضا وهو غير العتق بمال ، فلما لم يكن بد من اعتبار المال لقضاء العتق[٤] بمال تحقَّقَ الاختلاف والله أعلم ، وأنه نظير مسألة اختلاف الشّاهِدين في البقرة السوداء والبيضاء.

|٩٢٩| مسألةٌ: إذا أمر رجل رجلا بشراء عبدين له قيمتهما سواء بألف درهم فاشترىٰ أحدهما بأكثر الألف فلم يختصما حتّىٰ اشترىٰ ببقية الثمن لزم الأمر.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن كانت الزِيادة بقدر ما يتغابن الناس فيه لزم الأمر وإن لم يسترد الباقي ، وإن كان بحيث لا يتغابن الناس فيه لزم الوكيل وإن اشترىٰ الباقي ؛ لأنّ قدر ما يتغابن الناس فيه لا يعدّ زِيادة في البيوع ، فلا يصِير به مخالفا فيلزم الأمر كما لو اشتراه بنصف الثمن ، وإذا زاد بحيث لا يتغابن الناس فيه فهو تصرف لا يملِكه عِندهما بالأمر بالشِّراء ، وإن كان المبِيع عينا ولا بالأمر بالبيع.

وأما علىٰ أصل أبي حنيفة ﷺ ، فالوكيل بشراء شيء بعينه يملِك الشِّراء

---

[١] «ص» (عن ذكر).

[٢] «ص» (بالبيع).

[٣] «ص» (صاحب).

[٤] «ص» (للقضاء بالعتق).

بزِيادة فاحشة للموكل إِلّا أن يزيد على المسمى ، والمسمى وجد[١] للعبدين ، فإذا اشترى الباقي بباقي[٢] الثمن ، فما زاد على المسمى فلم يصر مخالفا بسبب الزِيادة على القِيمة على ما قلناه وأما إذا لم يشتر الباقي فإنه لا يجوز ، وإن كانت الزِيادة قليلة ؛ لأنّ الظاهر أنه لا يمكنه شراء بشراء الباقي بالنقصان عنه إذا كانت قيمتهما واحِدة[٣] فيتمكن[٤] الزِيادة على المسمى بما زاد على الذي سمى[٥] ، والزِيادة على الثمن المسمى خِلاف ، وإن قل[٦].

|٩٣٠| مسألةٌ: إذا أعار أرضه يكتب أطعمتني عِند أبي حنيفة ، وعِندهما: أعرتني ؛ لأنّ في الإطعام معنى التمليك ، فإن من قال لآخر: أطعمتك هذا الطعام كان هبة فكان لفظ الإعارة أحوط.

ولأبي حنيفة أن لفظ الإطعام مضافا إلى الأراضي كِنايةٌ عن الإعارة خاصّا بالأرض ، والإعارة وإن كانت حقِيقة فهي عامة ؛ فاللفظ الخاص أولى.

|٩٣١| مسألةٌ: إذا اغتصب عبدا فآجر العبد نفسه وسلم وأخذ الأجرة فاستهلكها[٧] الغاصب لم يضمن عِند أبي حنيفة. وعِندهما: يضمن ، وكذلِك

[١] «ص» (واجد).

[٢] «ص» (ببقية).

[٣] «ص» (سواء).

[٤] «ص» (فيمكن).

[٥] «ص» (اشتراه).

[٦] «ص» (وإن كانت قليلا).

[٧] «ص» (واستهلكها).

البائع إذا استهلك كسب المبِيع قبل التسلِيم لم يضمن شيئا.

وعِندهما يضمن.

وكذلِك إذا باع جارِية فوطئها قبل التسلِيم لم يضمن شيئا عِنده، وقالا[١]: يضمن، لكِن[٢] من الثمن فسقط عنه[٣] بقدر ما يخص العقد[٤] لو وجب فاستهلكه[٥] البائع.

وجه ما ذهبا إليه ظاهر[٦]: وهو أن الكسب عين مال قائم للمغصوب منه فيضمنه[٧] الغاصب إذا استهلكه، كما لو لم يكن غاصبا للأصل دليله مال آخر غير الكسب، ولو لم يكن غاصبا للأصل ضمن[٨] كسب عبده وإن كان مغصوبا عِند غيره، وكذلِك كسب العبد المبِيع مال قائم للمشتري غير داخل تحت البيع فيكون مضمونا علىٰ البائع بالإتلاف كما لو لم يكن بائعا فأتلف[٩].

والمسألة بحالها؛ لأنّ البيع والغصب ليسا بسبب يقتضي الإبراء عن ضمان مال المغصوب منه والمشتري، ولا[١٠] يعتبر ضمان ما لم يدخل تحت البيع،

[١] «ص» (وعندهما).

[٢] «ص» (ولكن).

[٣] «ص» (فيسقط عن المشتري).

[٤] «ص» (العقر).

[٥] «ص» (واستهلكه).

[٦] «ص» (وجه قولهما ظاهر).

[٧] «ص» (فضمنه).

[٨] في «أ»: (فمن)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٩] «ص» (وأتلف).

[١٠] «ص» (فلا).

وكذلِك المستوفىٰ بالوطء بمنزلة جزء منها[١] كالولد، ألا ترىٰ لو وطئها غيره بشبهة وجب العقر وكان في حكم الولد يقابله شيء من الثمن إذا قبضها[٢] فيكون مضمونا علىٰ البائع، لكنه ضمان بمن يحكم الدخول تحت العقد.

ولأبي حنيفة: أن الكسب قائم مقام المنفعة ولا شك في الأجرة؛ لأنّها[٣] بدل عمله أو منفعته، وكذلِك الحطب؛ لأنّه ملكه بعمله وبدل منافِع بدنه والمنافِع غير داخلة تحت البيع علىٰ ما عرف وكذلِك الكسب؛ ولهذا لم يضمن بالثمن، ولا يجوز أن يضمن بالقِيمة؛ لأنّها ملكت تبعا لملك الرقبة ما له سبب آخر، فلما بقي ضمان العقد ضمان القِيمة عن الأصل بقي كذلِك عن التبع؛ لأنّ التبع حكمه حكم المتبوع، وكذلِك الغصب؛ لأنّ ضمانه مثل ضمان المبِيع في أنه سبب يملِك[٤]، ثمّ ملك الكسب تبعا لملك الأصل، فإنه متىٰ ضمن في الكسب كان الغصب بعد الغصب له، ولما صار تبعا، وكذلِك للضمان حكم ضمان البيع منع ضمان الكسب بنفسه.

وكذلِك المستوفي بالوطء من الجارِية مما لا يدخل تحت الشِّراء؛ لأنّه هو الذي يملِك بالنكاح وأنه ليس بمال علىٰ ما عرف في كتاب النكاح وغيره، ألا ترىٰ أنه إذا تزوج امرأة علىٰ وصف في الذمة أجزأه، كما لو كانت حرة وما ليس بمالٍ لا يدخل تحت الشِّراء، ولما لم يدخل ثمّ كان بدله ملكا للمشتري لو وطئها غيره علم أنه ملكه تبعا لملك الأصل كالنفقة[٥] والكسب، فلما لم يكن الأصل

[١] «ص» (منهما).
[٢] «ص» (قبضه).
[٣] «ص» (لأنه).
[٤] «ص» (سبب لملك الأصل).
[٥] «ص» (كالمنفعة).

مضمونا عليه بنفسه لم يكن البيع كذلك.

❁ فإن قِيل: إن ضمان الثمن لا ينفي ضمان القِيمة ولكن البيع مما ينفسخ بإتلاف المنافِع[١] فيعود إلى ملكه فيبطل الضمان.

❁ قلنا: إنما انفسخ لأنّه مضمون عليه بالثمن والبيع لا يبقى على الثمن؛ لأنّ الثمن على المشتري، ولا[٢] يجوز أن يصِير[٣] له بحكم العقد، ولو ضمن القِيمة لبقي عليها كما لو[٤] أتلفه أجنبي؛ ولأنّ المضمون الواحِد لا ينعقِد له ضمانان، فلما وجب ضمان الثمن وقام مقام القِيمة بتراضيهما انتفى الآخر ضرورة كالبدل مع المبدل، والله أعلم.

[٩٣٢] مسألةٌ: إذا قطع رجل يد رجل عمدا فاقتص بأمر القاضي فقطع يد القاطع ثمّ مات الأوّل من القطع كان لورثته أن يقتلوا القاتل قصاصا، وذكر أبو عمر بن عيسى أنه قول أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف ﵀: لا يحق[٥] للورثة على القاتل؛ لأنّ الميت لما استوفى القطع قصاصا فقد أبرأ القاطع عن القطع؛ لأنّ استِيفاء الحق فوق الإبراء، ولو أبرأه عن القطع ثمّ صار نفسا بطل حقه فكذا[٦] ها هنا.

[١] «ص» (بإتلاف البائع المبيع).
[٢] «ص» (فلا).
[٣] «ص» (أن يكون).
[٤] «ص» (إذا).
[٥] «ص» (لا حق).
[٦] «ص» (وكذلك).

إلا أنهما يقولان[١]: لما مات صار حقّه النفس؛ فتبين أنه بالقطع استوفىٰ بعض حقه فتبقىٰ البقية، بخِلاف الإبراء علىٰ مذهب محمد؛ لأنّ الإبراء اسقاط، ولما هدر أصل القطع كانت السراية هدرا، فأما الاستِيفاء فليس بإهدارٍ ولكنه تحقيق للضمان فلا تهدر السراية، والله أعلم.

[٩٣٣] **مسألةٌ**: جدار بين ثلاثة نفر مال فأشهد علىٰ واحِد منهم ثمّ سقط فأصاب إنسانا كان علىٰ المشهود عليه ثلث الدِّية عِند أبي حنيفة.

وكذلِك دار بين ثلاثة نفر فبنىٰ أحدهم وكانا بغير إذنهما فعثر به إنسان فمات وكذلِك لو حفر فيها بئرا فوقع فيها إنسان فمات كان علىٰ الفاعل[٢] ثلث الدِّية.

وقالا: عليه نصف الدِّية؛ لأنّ الميت مات بجناية الحائط وثلثها مضمون وثلثاها غير مضمون، وكذلِك العثار بالدكان والسقوط بالبئر نصيب غيره مضمون عليه ونصيبه هدر فيضمن النصف ويلغو اعتبار القدر[٣] والعدد، كما إذا جرح رجلا جرحا وآخر[٤] جراحات فمات.

ولأبي حنيفة: أن الموت والجرح يكون من نفسه لا من قدره وعدده فالواحِد الصغير مما يتولد منه القتل، وربما ببراء الكبير، وأما الحائط فيقتل بالسقوط عليه، ولن[٥] يتولد القتل من السقوط إِلّا بأجزاء يجتمع فيثقل بحيث لا يطيقه

[١] «ص» (ولهما أنه).
[٢] «ص» (علىٰ القاتل).
[٣] «ن» (بالقدر).
[٤] «ص» (وجرح آخر).
[٥] «ص» (ولم).

الرّجل؛ فصار المقدار معتبرا ليصير سببا للقتل؛ فتوزع[١] الحكم على القدر، وكذلك السقوط في العمق لا يتصوّر بنفسه بل بمقدار يمشي فيه الساقط، وكذلك العثار[٢] لا يكون بالجزء القليل من الدكان ما لم يجتمع أجزاء ينفصل[٣] بها الماشي، ولما تعلق السقوط بالقدر وهو سبب التلف توزع على المقدار، والله أعلم.

[٩٣٤] **مسألةٌ**: إذا رمى رجل عبدا فأعتقه[٤] مولاه ثمّ وقع السهم فيه فمات ضمن القِيمة لمولاه عِند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: يضمن قِيمة ما بين كون العبد مزمناً[٥] وغير مزمنٍ[٦] لا غير؛ لأنّه لما رماه فقد أشرف العبد على الهلاك وصار كما لو ضربه فأمرضه فيضمن ذلك القدر، لأنّه بعضه بفعله وأنه مضمون من العبد، كمن غصب عبدا صحيحا فرد[٧] مريضا ثمّ المولى لما أعتقه فقد أبرأه عن ضمان السراية بعده، كما لو جرح عبدا ثمّ أعتقه المولى، فهذا كان إبراء عن ضمان السراية بالإجماع.

وهذا لأنّ محِلّ الضمان بعد العتق العتيق[٨] فلم يجز أن يبقى حكم الرمي

[١] «ص» (فوزع).
[٢] «ص» (الغبار).
[٣] «ص» (يتعلق).
[٤] «ص» (ثم أعتقه).
[٥] «ص» (مرميا).
[٦] «ص» (وغير مرمي).
[٧] «ص» (ورده).
[٨] «ص» (للعتيق).

فيه عاملا للمولى، وليس هذا كمن رمى صيدا وهو مسلم ثمّ ارتد ـ نعوذ بالله ـ ثمّ أصاب فإنه يحل؛ لأنّ التبدل لصفة[١] الرامي، وأنه[٢] يصِير مذكيا عِند الإصابة برميه السابق، وهاهنا تبدل محل الرمي والرامي[٣] في حقّ المحلّ يعمل بعد الوقوع فيعتبر صفته حال العمل. ألا ترىٰ أن الصيد بعد الرمي لو مات أو دخل الحرم ثمّ أصاب[٤] السهم لم يحل.

ولعلمائنا[٥] رحمهم الله: أن الرّمية حين وجدت انعقدت مضمونة[٦] علىٰ الرامي لمولىٰ العبد ضمان القتل متىٰ صار قتلا، وبالعتاق لم يتبدل[٧] محلّ القتل فلم ينعدم به، وإذا تحقق ثبت ضمانه[٨] قبل الإصابة، والقتل فعل[٩] لا ينفعل إلّا في الحي. ألا ترىٰ أنه لو عجل الكفّارة قبل الإصابة بيوم الرمي لم يجزئه، وإذا لم يصر[١٠] بعد سببا للقتل لم يكن العتق إبراء عن حكم سبب القتل بخِلاف الإعتاق بعد الجرح؛ فإنه سبب قتل موجِب ضمانا للمولىٰ، فإذا أخرجه عن ملكه أبطل حقه فبطل كما لو باع[١١].

---

[١] «ص» (بصفة).

[٢] «ص» (فإنه).

[٣] «أ»، «ص» (الرمي)، والمثبت من «ن».

[٤] «ص» (أصابه).

[٥] «ص» (ولهما).

[٦] «ص» (أن الرّمي حيث وجد انعقد مضمونا).

[٧] «ص» (يتغير).

[٨] بعده في «ص» (ما لم يسقطه المضمون و[...] ليس بإسقاط؛ لأنه وجد قبل وجود سبب القتل؛ لأنه ما استحل بالعبد).

[٩] في «أ»: (فعمل).

[١٠] «ص» (يعتبر).

[١١] «ص» (لو باعه).

فأما قوله: إن العِلّة لا تعمل إلّا في محِلّه وكذلك[١] القتل في محِلّ القتل نفس حية، وبالعتق ما تبدل[٢] المحل في حقّ القتل المضمون، وإنّما يعتبر في حقّ مستحق الضمان والاستِحقاق على الجاني برميته؛ لأنّه لم يصنع شيئا بعده، بخِلاف الصيد يموت أو يدخل الحرم قبل الإصابة؛ لأن المحلّ لم يبق محلا للذكاة أصلا، والذكاة حكم يثبت للمحل وهو الذي يحِلّ به فيعتبر محلا حين الإصابة، وكما قلنا في جانب رمي الصيد إن حال الرامي إنّما يعتبر عِند[٣] الرمية.

وكما إذا رمى فمات ثمّ أصاب يصِير كما لو أصاب قبل الموت برميته وإذا[٤] ضمن برميته ضمن للمولى كما لو أصاب قبل العتق.

ونظيره[٥] ما قال محمد بعد هذا فيمن ضرب بطن أمة فأعتق المولى[٦] ما في بطنها ثمّ ألقت جنينا حيا ومات أن الضارب يضمن قِيمة الجنين كما لو لم يعتق؛ لأنّ سبب الموت هو الضربة عِند الإسقاط[٧].

[٩٣٥] **مسألةٌ**: وأما إذا رمى مسلما فارتد ثمّ أصابه ضمن عِند أبي حنيفة، ولا يضمن عندهما؛ لأن المحلّ بالردة صار غير مضمون، فلا ينعقِد الرمي فيه مضمونا، كما إذا رمى صيدا فدخل الحرم قبل الإصابة ثمّ أصاب.

---

[١] «ص» (فكذلك).

[٢] «ص» (لما يتبدل).

[٣] «ص» (حال).

[٤] «ص» (فإذا).

[٥] «ص» (نظيره).

[٦] «ص» (مولى الأمة).

[٧] «ص» (هو الضربة لا الإسقاط).

إلّا أنه يقول[١]: أن المرتد بعد الردة محلّ القتل[٢] فبقيت الرمية قابلة ، وقد تعلق بذلك القتل ضمان على القاتل يجِب برميه ، والمعتبر للوجوب عليه حال رميته ؛ لأنّه لم يصنع شيئا بعده[٣] حتّى لو مات الرامي ثمّ أصاب ضمن ، كما لو لم يمت حيث يضمن بجناية مبتدأة.

فأما قوله[٤]: المحل صار مباح القتل فلا يعتبر[٥] ذلك لإيجاب الضمان ؛ لأنّه حكم يلزم الرامي دون المحلّ ، بخِلاف الصيد ؛ لأنّ الذكاة حكم يلزم المحلّ فيعتبر حال الإصابة.

وقولنا: إنه بالردة يصِير مباح القتل أنه مباح القتل بعد الردة لا قبلها والرامي أثم بما صنع إثم القتل ، بخِلاف قول المرمي للرامي أبحت لك الرمي ؛ لأنّه قول يرجع إلى الرمية فيجعلها[٦] مباحة والردة تصرف في الدين فلا يعتبر بِها حكم الرمية ، وإنّما يعتبر بتغير المحلّ وقد مر الجواب.

❖ فإن قِيل: الضمان يتصف به المحلّ ؛ لأنّه يقال: دم مضمون ومباح ومحل معصوم ومباح.

❖ قلنا: نعني بقولنا مضمون أن الضمان يجِب على القاتل بقتله ، وأنه كذلِك عِندنا برمي قبل الردة.

---

[١] «ص» (ولأبي حنيفة).

[٢] «ص» (للقتل).

[٣] «ص» (لم يصنع بعدها شيئا).

[٤] «ص» (وقولهما).

[٥] «ص» (فلما لا يعتبر).

[٦] «ص» (فجعلها).

فأما حقِيقة الضمان فحكم يلزم ذمة الضامن وأنه كالمغضوب عليه، فالغضب صفة الغضبان، ولكن لما كان بسبب المغضوب عليه غضب تعدىٰ إليه مجازا، والله أعلم بالصواب.

تم الجامع الصغير بحمد الله ومنِّه.

فهرس الموضوعات

أَسْفَار
لِنَشْرِ نَفِيسِ الكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ العِلْمِيَّةِ
دَوْلَةُ الكُوَيْتِ

❁ أهداف المشروع:

(١) إصلاح المسار العلمي لطباعة الكتاب الإسلامي ، وذلك بانتقاء وانتخاب أنفس الكتب من تراثنا المعرفي العريق ، ونشرها وفق أحدث مواصفات الطباعة والتنضيد.

(٢) إيجاد الحِلَق العلمية المفقودة: وذلك بنشر المعارف الأساسية المفقودة أو المهجورة من المكتبة الإسلامية ؛ لذا فأغلب ما ينشر بمشروعنا يطبع لأول مرة ، بناء على أن التجديد المعرفي يكون بنشر الكتاب القديم المؤثر في حقله العلمي ، وقد ثبت صدق ذلك بالتجربة العملية.

(٣) استنقاذ التراث الإسلامي من الضياع ، وذلك بنشر القطع الخطية الموجودة من أي كتاب تراثي فريد في بابه ، ولو كان ناقصاً ؛ لأن نشرها يعتبر حفظاً لها وتشجيعاً على تحصيل تكملتها.

(٤) تغذية المعاهد والمدارس والدورات بالمقررات التعليمية والدراسية ، وهذا أحد أنماط المواد المنشورة في (أسفار): (منتج المتون التعليمية) ؛ لأن مطبوعاتها على نوعين: الأول: مناهج تأسيسية. والثاني: مصادر مرجعية.

❁ التواصل مع «أسفار»:

يمكن التواصل مع أسفار عن طريق وسائل التواصل التالية:

s.faar16@gmai.com
@sfaar16